No. 24 Diciembre 2005

Revista de la Facultad de DERECHO

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUÍN

.05
r
5 #24
005

BIBLIOTECA
LUDWIG VON MISES
UFM - GUATEMALA

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

http://archive.org/details/revistadelafacu24univgua

Revista de la Facultad de Derecho

No. 24, Diciembre 2005

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUÍN

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Giancarlo Ibargüen
Rector
Max Holzhheu
Vicerrector
Ricardo Castillo
Secretario General
Ramón Parellada Cuadrado
Tesorero

Vocales
Manuel Ayau G.
Jens Bornholt
Diana Canella de Luna
Jorge Molina-Sinibaldi
Luis Fernando Samayoa

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Milton Estuardo Argueta Pinto
Decano
Ana Gisela Castillo Aparicio
Secretaria
María Luisa Beltranena de Padilla
Representante docente
Ana Sofía Escribá Barnoya
Representante estudiantil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Cristina Umaña Luarca
Directora
Sergio Jeffrey Paz
Subdirector

Evaluación y revisión de contenido
Anasofia González (*Coordinadora*),
Andrea Bolaños, Annie Dougherty, Melissa Echeverría, Sofía Escribá, Conchita Villeda, Kenny Sandoval

Distribución y promoción
Jacqueline Hazbun (*Coordinadora*),
Gustavo Aguirre, Diego Calvo, Alfonso Carrillo, Francisco Castro.

91995

Email
revista@ufm.edu.gt

Copyright © 2005 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala
ISSN 1562-2576

Contenido

Editorial

El descubrimiento del Derecho al *Forum Shopping* y el mercado
(Lic. Fausto García Delgadillo) 7

Derecho

Droit de suite: El derecho de los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras
(Lic. Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider) 11

Consideraciones sobre el droit de suite: Análisis crítico del derecho de los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras
(Lic. Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider) 21

Análisis comparativo del positivismo jurídico de Austin, Hans Kelsen y H.L.A. Hart
(Dra. Norma Rodríguez de Dengo) 31

La tipicidad: tipicidad y tipo, tipo y antijuricidad, tipo y adecuación social, estructura y composición de los tipos
(Lic. Carlos Enrique Estrada Arizpe) 43

Breves notas complementarias sobre el levantamiento del velo corporativo en el derecho marítimo: Responsabilidad civil por derrames de combustibles
(Hugo A. Alsina Lagos) 51

Derecho y Economía

The power to regulate trade in services
(Lizzie Medrano de Gamberale) 57

Historia

Conflictos territoriales en América Latina: el caso de la Guerra de la Triple Alianza
(Lic. Gabriel Orellana Zabalza) 75

Reconocimiento

Entrevista a: Licda. María Luisa Beltranena de Padilla
(Jacqueline Hazbun) 91

Semana Jurídica

(Universidad Francisco Marroquín) 95

Opiniones estudiantiles

101
(Diego Calvo)

Editorial

FAUSTO GARCÍA DELGADILLO [1]

El descubrimiento del Derecho al *Forum Shopping* y el mercado

Actualmente el Derecho se encuentra en una etapa de redefinición de sus principios y reencuentro con sus instituciones, aquellas instituciones romanas que le dan vida a nuestros ordenamientos jurídicos modernos; el Derecho no escapa a la etapa que le toca vivir y regular, de esa cuenta es que en estos tiempos se hace necesario que el Derecho revise sus principios y los readecúe al momento histórico por el cual atraviesa la humanidad; ahora bien, ¿será el Derecho producto de una época determinada o una época determinada es producto de su Derecho?

Haciendo un brevísimo repaso del surgimiento del sentimiento y pensamiento jurídicos, y por lo tanto de la sociedad misma, se puede válidamente afirmar, junto con Edgar Bodenheimer y Sir Henry Summer Maine, que en la forma de organización social que se supone más antigua (el clan o *sib*) no existía tal cosa como un ordenamiento jurídico o normas de Derecho, ya que en este tipo de sociedades las personas se encontraban sometidas al Jefe de la Tribu (en una especie de "despotismo patriarcal" para utilizar las mismas palabras de Summer Maine);[2] por supuesto, el clan estaba regido siempre por otro tipo de normas que no provenían directamente del déspota, estamos frente a costumbres que tenían que ser observadas tanto por los miembros del grupo como por su jefe patriarcal (Bodenheimer, 47:2004), y estas costumbres al tener esta característica esencial (la observancia general) pertenecen ya a una forma primitiva de Derecho.

Por supuesto de esa primitiva forma de Derecho hasta nuestros días la sociedad ha recorrido un largo camino, es interesante observar cómo en los últimos años los Estados se han dado a la tarea de reformar sus ordenamientos jurídicos, sus leyes internas; ¿con qué objeto? Con el de ser más competitivos en el mercado moderno, con el objetivo de atraer hacia sí inversiones extranjeras y que los contratantes situados en diferentes plazas (países ahora) elijan su ordenamiento jurídico como aplicable al contrato. Y es que las partes en un contrato internacional, pueden someter sus contratos al ordenamiento jurídico de un país determinado.[3] Entonces, si a las partes se les presenta la oportunidad de someter su contrato a un ordenamiento jurídico específico, ¿cuál escogerán? Por supuesto, aquel cuyas normas jurídicas sean

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín. Director del Departamento de Información Jurídica de la Facultad de Derecho (Universidad Francisco Marroquín). Catedrático de Personas, Bienes y Derechos Reales y Derecho de Familia y Sucesiones (Universidad Francisco Marroquín); y de Historia del Derecho y Derecho Romano (Universidad Rafael Landívar). Abogado y Notario en ejercicio.

2 La relación entre el Jefe de la Tribu y los miembros del clan es una relación de Poder, y no una relación de Derecho, ya que no existe igualdad entre ellos; es decir, para que exista una verdadera relación de Derecho ambas partes deben reconocer la existencia de derechos y deberes recíprocos, sobre la base de cierta igualdad. (Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho.* Segunda reimpresión de la primera edición en español, editorial del Fondo de Cultura Económica, Colombia 2004, pág. 16 y ss.

3 Esto mediante la denominada "Cláusula del Derecho Aplicable" inserta en la mayoría de contratos comerciales internacionales. Se debe tener en cuenta además que el ordenamiento jurídico que se escoja tenga una relación sustancial con las partes o con la transacción internacional que se pretenda realizar, es decir, que el contrato tenga una "relación razonable" con la jurisdicción escogida.

generales, abstractas e impersonales, es decir, aquellas que le otorguen un mayor grado de certeza a sus transacciones.[4] De esa cuenta, los diferentes países se han empeñado en reformar sus leyes para que cumplan con aquellos requerimientos que el mercado les exige; dicho de otra manera, el mercado ha hecho que los países reformen sus ordenamientos jurídicos para que las partes contratantes los elijan como ley aplicable a su contrato y así atraer inversión extranjera a sus países. Vemos entonces cómo los países ahora tienen algo más que ofrecer al mercado internacional, su propio ordenamiento jurídico; ordenamientos jurídicos que el propio mercado ha hecho que se compongan de leyes generales y abstractas y que, por consiguiente, otorguen mayor certeza jurídica y libertad a aquellos contratantes que se decidan someter a sus leyes. Esta situación se ve reflejada en las recientes y modernas propuestas que han hecho juristas europeos, sobre todo en materia de Derecho de Obligaciones, en el cual se percibe un vuelco de esa rama del Derecho Civil hacia la autonomía de la voluntad como principio rector de los negocios civiles y comerciales.[5]

Siguiendo a Hume, de una cosa podemos estar seguros, "Por bárbara que sea una república, necesariamente, por un mecanismo infalible, dará vida al Derecho, aun antes de que la humanidad haya logrado avances importantes en otras ciencias. De la ley nace la seguridad; de la seguridad, la curiosidad, y de la curiosidad el saber."[6] Y una vez la sociedad descubre el Derecho, necesariamente lo conserva, ya que encuentra en él una herramienta necesaria, si no la más importante, para su correcta convivencia, y más aun, para su propia conservación. "Pero aunque el derecho, fuente de toda seguridad y felicidad, tarda en aparecer bajo cualquier sistema de gobierno, y es fruto lento del orden y la libertad, no resulta tan difícil de conservar como de producir, y una vez arraigado es planta tenaz, que difícilmente perece a pesar del mal cultivo del hombre y el rigor de las estaciones."[7]

Por ser el Derecho uno de los descubrimientos fundamentales de la sociedad y pilar de la convivencia humana, es que el mismo ha sido conservado a lo largo de nuestra historia como elemento fundamental de la vida en sociedad; y en ese sentido, el ideario de la Universidad Francisco Marroquín establece claramente que "el *pensum* de la Facultad de Derecho pondrá énfasis sobre el estudio del Derecho –su naturaleza y fundamentos, o filosofía– más que en el estudio de la legislación y de las ciencias auxiliares del Derecho, como la sociología"; y de acuerdo a esos lineamientos es que en esta edición de la Revista de la Facultad de Derecho se pretende dar a conocer un poco más acerca de nuestra Facultad, del orgullo que es para nosotros el claustro de catedráticos, nuestros estudiantes y nuestros egresados, muchos de los cuales destacan como abogados litigantes, consultores empresariales, miembros de diversas organizaciones internacionales o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y aun más, en esta edición se hace énfasis en aquella primera lección que todos oímos al entrar en las aulas de la Facultad, la preeminencia del Derecho con respecto de la ley.[8]

---

4 Misma razón por la cual las partes, en tiempos romanos, preferían resolver sus controversias en la urbe romana y no en sus provincias de origen, donde no existía certeza en la aplicación del Derecho.

5 Otro ejemplo de esto lo podemos observar en las más recientes discusiones en el seno de la Comunidad Europea sobre la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos, y como los académicos le han puesto fin a aquella distinción medieval entre obligaciones civiles y mercantiles, debiendo prevalecer, en mi opinión, la teoría general de estas últimas sobre las primeras, debido a que las obligaciones y contratos mercantiles otorgan un mayor grado de libertad y certeza a los contratantes, ya que el principio de la Autonomía de la Voluntad tiene mucho mayor cabida en los negocios comerciales que en los civiles.

6 Hume, David. *Origen y Progreso de las Artes y las Ciencias.* Ensayos Políticos. Colección Laissez faire!, Unión Editorial, S.A. Madrid, España © 2005, pág. 111.

7 *Ídem,* pág. 118.

8 En cuanto a este tema, veáse el ensayo "Derecho y Ley" por Friedrich August von Hayek. http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2002-01-08.html

Derecho

NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER[1]

Droit de suite: El derecho de los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras

SUMARIO: I.- Presentación. II. Antecedentes. III. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias IV. La Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. V. ¿Derecho Moral o Patrimonial? VI. Naturaleza Jurídica. VII. Consideraciones Finales. VIII. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

El valor de algunos trabajos artísticos no se encuentra en la posibilidad de reproducirlos sino en la naturaleza única de la obra original. Esto puede decirse de las pinturas, dibujos y esculturas.[2] Es precisamente su naturaleza única lo que las hace tan valiosas.

En algunas oportunidades las obras de los artistas[3] acrecientan su valor en la medida que la fama y reputación de su creador aumentan. Esto puede reflejarse en los precios de reventa.[4] Verbigracia, en 1986 los coleccionistas de arte Ethel y Robert Scull, vendieron la obra "*Out the Window*" (fuera de la ventana) del artista Jasper John, por la suma de 3.63 millones de dólares de los Estados Unidos de América. En 1960 los Scull habían adquirido la obra por tan solo 2,250 dólares.[5]

A diferencia de los escritores y compositores, los artistas no tienen usualmente, después de vender sus obras, una participación económica en las mismas. Un escritor se encuentra ligado al futuro económico de su obra y cuando aumenta su valor, recibirá un beneficio patrimonial por concepto de regalías. De igual manera un compositor se verá beneficiado en su patrimonio al obtener un precio por la interpretación y ejecución de sus obras. Sin embargo, por la naturaleza única de sus creaciones, un artista que ha vendido una creación única y que luego aumenta sustancialmente de valor, generalmente no obtiene un beneficio económico por el aumento del valor de esa obra.

Con el fin de compensar lo que algunos perciben como una desventaja de los artistas en relación con los autores y compositores, derivada de la naturaleza única y forma de explotación de sus creaciones y tomando en consideración algunos casos de artistas

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín.

2 Nuestra legislación las denomina obras plásticas. Sección Tercera, Capítulo IV, Título II de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

3 El término artistas, dentro de la presente investigación se usa para referirse a los pintores, dibujantes, escultores y otros dentro del campo de las obras plásticas, específicamente para diferenciarlos de los escritores y compositores. Sin embargo, cabe puntualizar como se explicará más adelante, el *droit de suite* se ha extendido para incluir a los manuscritos originales de los autores y compositores.

4 Muchas obras artísticas aumentan su valor cuando fallece su creador ya que esto representa que no se producirán más obras del autor.

5 Shaffer, Roberta I. *The Artist's Case for Droit Moral and Droit de Suite Continues*, pág. 9.

franceses de finales del siglo XIX, las disposiciones legales en materia de derecho de autor de varios países,[6] incluyendo al nuestro,[7] han dispuesto que los artistas tienen derecho a obtener una participación del precio de cada reventa de sus obras.[8]

Este derecho ha sido tradicionalmente denominado *droit de suite* por su origen francés y puede traducirse como derecho de seguimiento o persecución,[9] en inglés como "*follow up right*", sin embargo el término francés original goza de aceptación universal y describe de una manera más exacta el objeto de la presente investigación.

Este derecho se encuentra reconocido en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante el Convenio) y de manera más reciente una Directiva de la Unión Europea ha señalado que todos sus miembros deben establecerlo en sus legislaciones para el año 2006.[10] El *droit de suite* ha obtenido reconocimiento internacional y su aceptación va en constante aumento. A pesar de encontrarse establecido por nuestra legislación, este derecho es poco conocido. Esta investigación pretende examinar detalladamente este concepto, su historia y su alcance a la luz de la legislación nacional e internacional.

II. ANTECEDENTES

El término *droit de suite,* tiene sus orígenes en el derecho de propiedad francés. Originalmente se refería al derecho de un propietario o un acreedor para perseguir los bienes de un poseedor, en el mismo sentido en que un acreedor hipotecario puede perseguir un bien hipotecado a su favor, sin importar que haya sido enajenado a terceros. En francés este derecho a perseguir el bien, era denominado *droit de suite.*

Fue Albert Vanois, en un artículo publicado en la *Cronique* de París el 25 de febrero de 1893, quien por primera vez introdujo el concepto con relación a los derechos de autor, promoviendo el establecimiento de un derecho para los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras. Pocos años después un abogado llamado Edouard Mack, propuso el tema ante el Congreso de Berna de la Asociación Literaria y Artística, que tomó interés en el asunto. En 1903 se creó la *Société des Amis du Luxemburg,* cuyos fines principales consistieron en crear el Museo de Luxemburgo y establecer el *droit de suite* como un derecho reconocido por la legislación francesa.

El concepto tuvo amplia aceptación entre los miembros de la prensa, quienes a través de una ingeniosa campaña lograron su difusión y aceptación general. Para este efecto destacaron la sustancial diferencia entre el precio de venta y el precio de reventa de las obras de algunos artistas famosos de la época, resaltando la precaria condición en la que vivían muchos artistas reconocidos y comparándola con los extravagantes lujos que tenían algunos coleccionistas de estas obras. Por ejemplo, obras de Edgar Degas que habían sido adquiridas por 500 francos y que luego eran subastadas por 436,000 francos y la obra *Angelus* de Jean Francois Millet que había sido adquirida por 70,000 francos y luego fue subastada en reventa por más de un millón de francos.[11] A esta campaña en apoyo al droit de suite se unieron algunos caricaturistas, los cuales puntualizaban la grave situación económica de los artistas mientras sus obras eran subastadas por fortunas. En una caricatura de la época aparecía un subastador que exclamaba *"vendido por 100,000 francos"* mientras dos niños vestidos con harapos que se encontraban sentados en la primera fila gritaban: *"Mira, ¡es un*

6 Entre ellos Alemania, Algeria, Bélgica, Brasil, Chile, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América (California), Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, Italia, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Marruecos, México, Nicaragua, Perú, Portugal, Santa Sede, Senegal, Suecia, Túnez, Turquía, Uruguay y Venezuela.

7 Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Artículo 38.

8 Algunas legislaciones establecen el derecho de los artistas a obtener un porcentaje únicamente de la ganancia del vendedor.

9 Otros prefieren denominarlo como un derecho de participación o de regalía.

10 Cornish, William and Llewelyn David. Intellectual Property, pág. 529. La directiva establece un plazo que finaliza en el 2006 para que todos los países que integran la Unión Europea otorguen esta protección a los artistas y un plazo que vence en el 2012 para que dicha protección se extienda además a sus herederos.

11 La obra actualmente forma parte de la colección del Louvre de Paris.

cuadro de papá!" Otros ejemplificaban al vendedor de la obra contando su nueva fortuna, mientras los herederos del artista vendían flores en las calles para sobrevivir, como era el caso de la nieta de Millet.

El *droit de suite* tuvo una rápida y amplia aceptación por parte de la sociedad francesa, por lo que pronto surgieron varias posturas en torno a este derecho, cada una con distintas variaciones. Entre éstas destacan dos posturas principales, una liderada por Andre Hesse y apoyada por la *Société des Amis du Luxemburg* la cual opinaba que debía otorgarse como un derecho especial a través de la legislación. La otra postura, que gozaba de menor apoyo, pretendía que el derecho fuese incorporado a través de disposiciones contractuales que luego serían ejecutadas por los tribunales.[12] La primera postura fue al final la que prevaleció ya que muchos consideraron que si se dejaba el tema en manos de los contratantes, los artistas se encontrarían en desventaja al considerarlos la parte débil en las negociaciones con los coleccionistas adinerados. Así se encargó a una Comisión de Artes Plásticas preparar un reporte sobre la viabilidad del proyecto de ley. Esta Comisión, presidida por Abel Ferry, dio su apoyo total a la iniciativa señalando que el *droit de suite* encontraba su fundamento en el hecho que los artistas, dada la naturaleza única de sus obras, se veían económicamente desprotegidos. En el preámbulo del proyecto se indicó, "no es una limosna lo que pedimos, sino un derecho de propiedad". [13]

El tema tomó importancia y fue enviado al Parlamento. Los debates en este organismo fueron suspendidos por algunos años debido a la Primera Guerra Mundial. Luego en 1920, el Parlamento francés después de oír cuantiosas historias de artistas que habían muerto en la miseria mientras sus pinturas eran subastadas por fortunas, convirtió el *droit de suite* en ley. Ambas Cámaras del Parlamento lo aceptaron sin mayor debate o discusión y fue promulgado por el Presidente de la República Francesa el 20 de mayo de 1920. Un año más tarde, una disposición similar fue adoptada en Bélgica.

Bajo la ley de 1920, los artistas o sus herederos, durante el plazo de protección del derecho de autor, podían reclamar un porcentaje del precio de las reventas de sus obras que se hiciera por medio de subastas. La intención no era establecerlo como un derecho especial o adicional para los artistas, sino resguardar su situación económica, proporcionándoles un derecho similar al que tenían los autores en la publicación de sus libros y los compositores en la interpretación y ejecución de sus obras. El Parlamento, además, tomando una actitud paternalista para evitar que los artistas enajenaran este derecho bajo presión, al considerarlos la parte débil en las negociaciones, dispuso que el mismo fuera inalienable.

Tal y como quedó establecido, únicamente era exigible en las ventas subsecuentes a la primera venta hecha por los artistas. Este derecho además sólo aplicaba en los casos que la reventa se hiciere por medio de una subasta. La limitación a las obras vendidas en subastas correspondía al hecho que sería muy difícil controlar todas las ventas realizadas entre particulares y debido a la confidencialidad en que usualmente se llevan a cabo.

Se estableció un precio mínimo de venta correspondiente a 1,000 francos para que aplicara el derecho y se calculaba sobre un porcentaje fijo del 3%. Este monto mínimo era significativo para la época, por lo tanto eran pocos los artistas cuyas obras alcanzaban tal precio de reventa y en consecuencia tenían derecho a cobrarlo. Esta tarifa fija y monto mínimo fueron luego modificados en favor de una escala ascendente, en la cual se incluían obras con un precio de venta desde los 50 francos, cuyo derecho correspondía a un 1% del precio de reventa, hasta obras mayores de 50,000 francos, cuyo derecho correspondía a un 3% del precio de reventa.

En 1957, se aumentó el mínimo a 10,000 francos y se estableció una tarifa fija del 3% del precio de reventa, además se incluyeron las ventas celebradas entre particulares y no sólo las realizadas en subastas públicas.

Para el caso de obras creadas en colaboración por más de un artista, salvo convenio o prueba en contrario, se establecía que el porcentaje correspondía en partes iguales a cada uno, una solución similar a

12 Hauser, Rita E. *The French Droit de Suite: The Problem of Protection for the Underprivileged Artist under the Copyright Law*, pág. 4.
13 "It is not alms we seek, but a property right". *Ibid. Idem.*, pág. 5.

la establecida en el artículo séptimo de nuestra Ley de Derecho de Autor. Sin embargo, esta solución fue posteriormente modificada por un decreto del 24 de diciembre de 1924 en el cual se disponía que si no había acuerdo entre las partes, el monto debía mantenerse en reserva mientras la determinación de los derechos de cada uno se hacía judicialmente.

El mercado de obras de arte francés, era en aquella época y aún es, uno de los más importantes e influyentes del mundo, por lo tanto luego de su estipulación en Francia, el droit de suite tuvo una rápida aceptación en otros países, entre ellos Bélgica, Alemania y Checoslovaquia y particularmente en aquellos que habían adoptado un sistema de derechos de propiedad intelectual basado en el derecho de autor francés.[14]

III. EL CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas[15] fue el primer instrumento de carácter internacional que reconoció el *droit de suite* como un derecho para los artistas. Este derecho no fue estipulado en la primera versión del Convenio, sino que fue establecido en la revisión de Bruselas en 1948, como consecuencia de las discusiones precedentes que habían tomado lugar en la revisión de Roma en 1928. A partir de entonces su contenido no ha sido modificado.[16]

Este Convenio, define el *droit de suite* en su Artículo 14 ter,[17] estableciendo su alcance, características y lineamientos básicos. El artículo antes relacionado consiste en tres párrafos. En el primero se define el *droit de suite,* sus titulares e inalienabilidad. Este párrafo define el término como *"el derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor"* y señala además que es aplicable a las obras de arte originales, pero también a los manuscritos originales de escritores y compositores. Esta última adición resulta interesante, puesto que sus antecedentes históricos se habían visto inspirados en compensar la supuesta desventaja de los artistas en relación con los autores y compositores, no era de esperarse que este derecho se fuera a extender para abarcarlos también a ellos. A pesar de esto, el Convenio decidió expandir su alcance y no fundamentarse únicamente en la naturaleza de los artistas sino en la calidad original y única de las obras. En este sentido, un manuscrito original, al igual que una pintura o escultura es también una obra única y original.

El Convenio adoptó la misma postura proteccionista de la ley francesa de 1920 y en previsión de aquellos que fuesen a tomar ventaja de la precaria situación del artista y su poco poder de negociación, determinó que este derecho era inalienable.

El segundo párrafo del artículo bajo análisis establece las condiciones en las cuales el derecho será exigible. En primer lugar indica que este derecho sólo será aplicable en aquellos países y en las condiciones en que la legislación nacional de cada país adopte y reconozca este derecho. En este sentido la Convención no establece el *droit de suite* como un derecho obligatorio a ser establecido por sus miembros. Deja en total libertad a cada uno para establecerlo o no y en todo caso según su propia legislación nacional. De esta forma el Convenio no obliga a su adopción, sino a su otorgamiento en caso de haberlo aceptado su legislación nacional, a los artistas de otros países. Para esto se fundamenta en el principio de reciprocidad entre el país de origen del artista y el país en el cual esté reclamando su derecho. Sólo si el derecho es reconocido en ambos países, podrá reclamarse el *droit de suite.* De tal forma que un artista nacional de un país que admita el *droit de suite,* podrá reclamarlo en otro país que lo admita, en la medida y montos que se establezcan en el país donde se reclama. Cabe destacar que según el Artículo

14 A diferencia de Inglaterra y Estados Unidos que se basaban en el *copyright*.

15 Al cual Guatemala se adhirió el 20 de junio de 1996 por medio del Decreto 71-95.

16 Según las revisiones introducidas al Convenio de Berna por medio del Acta de Bruselas del 26 de junio de 1948, el *droit de suite* se estableció en el artículo 14 *bis*; con las revisiones al Convenio establecidas por medio del Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967 se adicionó otro Artículo 14 *bis* y por lo tanto las disposiciones del *droit de suite* pasaron a ocupar el Artículo 14 *ter*, su contenido no fue alterado.

17 El texto completo es el siguiente:

3 numeral 2 del Convenio, para efectos de su aplicación, la residencia habitual del artista estará asimilada a su nacionalidad.[18]

El último párrafo del Convenio señala que cada país tendrá libertad para determinar la medida en que opere el *droit de suite* y la manera de cobrarlo. El propósito de dejarlo a la libertad de los miembros del Convenio era obtener una mayor aceptación tomando en cuenta la novedad del término y el hecho que no existía una postura universal sobre si el porcentaje a cobrar debía calcularse sobre la totalidad del precio de reventa, como en Francia, o sólo sobre la ganancia obtenida por el vendedor, como en Alemania. Permite adoptarlo con limitación a las ventas realizadas en subastas o en las cuales intervenga un profesional del arte, como es nuestro caso. Asimismo prevé que la forma de cobrarlo puede variar, en algunos países con sociedades de gestión colectiva eficientes y bien organizadas, el derecho podrá cobrarse por intermedio de éstas, mientras que en países con sociedades de gestión colectivas menos eficientes esto podría hacerse de otra forma, como un cobro directo o a través de una organización gubernamental, según lo determine la respectiva legislación nacional.

IV. LEY DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

El Artículo 38 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos define el *droit de suite*[19] de la siguiente manera:

En caso de reventa de obras de arte originales, efectuadas en pública subasta o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte, el autor o en su caso, sus herederos o legatarios, gozan del derecho de percibir del vendedor un diez por ciento (10%) del precio de la venta. Este derecho se recaudará y distribuirá por una entidad de gestión colectiva, si la hubiere, a menos que las partes acuerden otra forma de hacerlo.

Esta disposición es aplicable también a la venta que se haga de los manuscritos originales de autores y compositores.

De conformidad con estos términos, el derecho sólo es aplicable en la venta de aquellas obras que sean ejemplares únicos. Esto ya que de otra manera el artista obtendría un doble provecho económico puesto que tendría derecho a un porcentaje de la reventa de cada ejemplar único y un beneficio económico por la reventa de cada reproducción.

Señala la norma citada que el derecho será exigible únicamente en aquellas reventas efectuadas por medio de pública subasta o por intermedio de un negociante profesional. En cuanto al primer supuesto adopta lo estipulado por la ley francesa de 1920, en virtud de que sería imposible controlar todas las ventas de obras de arte que se hicieren en privado entre particulares, tomando en cuenta la naturaleza consensual del contrato de compraventa bajo nuestra legislación, la ausencia de un registro de obras de arte y la confidencialidad con que las negociaciones usualmente se llevan a cabo, mientras que es más sencillo llevar un control de las subastas por su publicidad. En cuanto al segundo aspecto, que se refiere a las obras vendidas por intermedio de un negociante profesional en obras de arte es un aspecto más difícil de controlar. Nuestra ley no señala específicamente a qué se refiere por negociante profesional,[20] sin embargo consideramos que se aplica a aquellas personas con altos conoci-

Artículo 14 *ter*

[*Droit de suite* sobre las obras de arte y los manuscritos: 1. Derecho a obtener una participación en las reventas; 2. Legislación aplicable; 3. Procedimiento]

1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor –o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos– gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.
2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.
3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.

18 El texto literalmente dice: "Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación de este convenio."

19 La Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos no lo denomina bajo este término.

20 El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define al profesional de la siguiente manera: "*Dícese de quien practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive.*" 3ra acepción. Tomo II, Vigésima Primera Edición.

mientos académicos del arte que habitual y constantemente se dedican a la compra y venta de obras de arte. Este requisito resulta más difícil de controlar, puesto que muchas de las ventas que se hacen en este sentido requieren un alto grado de confidencialidad.

Nuestra legislación deja claro que el vendedor es el obligado a entregar el porcentaje correspondiente al artista, a diferencia del Convenio de Berna que no establece nada al respecto.

En cuanto al monto sobre el cual habrá de aplicarse el derecho, nuestra legislación adoptó la postura francesa. En este sentido el porcentaje se determina del precio total de venta, independientemente de la ganancia, si existe, del vendedor. De esta forma, aún si el precio de reventa fuese menor al de la compraventa original al artista, como ocurre frecuentemente si es que la obra se ha devaluado, el artista tiene derecho a obtener un 10% de este precio. De todas las legislaciones analizadas, la nuestra establece el porcentaje más elevado.[21]

Respecto a la forma de recolectarlo, nuestra legislación establece que se hará, salvo pacto en contrario, por una sociedad de gestión colectiva. Esto buscaba otorgar a dichas sociedades un papel principal en la recolección del derecho, pero dejando la posibilidad al artista de cobrarlo por otros medios, si le era más conveniente. Al hacer el cobro por medio de una sociedad de gestión colectiva, el artista reduce los costos que implicaría la constante supervisión y cobro de sus derechos, aprovechándose además del poder de negociación y la presión que puede ejercer una sociedad para obtener la información requerida para calcular sus derechos.[22] Además, si en caso le fuese negada la asistencia requerida o no le fuese pagado el monto que le corresponde, la cantidad usualmente no justificará los costos derivados de una acción judicial, por lo que en muchos casos puede verse beneficiado de la actuación de una sociedad de gestión colectiva.[23]

Adicionalmente y al igual que el Convenio de Berna, nuestra legislación decidió incluir también los manuscritos originales de autores y compositores, lo cual a mi juicio, contradice el espíritu e intención histórica en la cual se fundamenta el *droit de suite*.

V. ¿DERECHO MORAL O PATRIMONIAL?

El derecho de autor, según los intereses que tutela, comprende dos clasificaciones que han sido denominadas derechos morales y derechos patrimoniales. Los derechos morales resguardan los derechos de personalidad que el artista ha plasmado en su obra y buscan proteger intereses de naturaleza intelectual. Comprenden el derecho a la paternidad, integridad y divulgación de la obra. Estos derechos corresponden exclusivamente al artista y resguardan la personalidad que se encuentra íntima y permanentemente ligada a la obra, por lo tanto son inalienables, imprescindibles e irrenunciables.[24] Por otro lado, los derechos patrimoniales se refieren primordialmente a la explotación de la obra y a los beneficios económicos que pueden derivarse de la misma. Comprende, entre otros, la reproducción y comunicación de la obra.

Los derechos morales conciernen al individuo como el creador de la obra y los derechos patrimoniales le atañen como individuo que busca obtener un provecho económico de la misma. Es por esto que los derechos morales son en esencia irrenunciables e inalienables, mientras que los derechos patrimoniales sí pueden enajenarse.[25]

---

21 En el resto de Centroamérica es de un 5% (Honduras, Nicaragua y Costa Rica), excepto en El Salvador en el cual es de un 2%. La Directiva de la Comunidad Europea establece una escala ascendente que va desde 4% para las obras con precios superiores a los 3,000 euros pero menores de 50,000 euros, hasta 0.25% para las obras mayores de 500,000 euros. Establece un máximo de 12,500 euros para las obras que superen un precio de 2,000,000 euros.

22 De conformidad con el artículo 274 literal m, la ocultación de esta información puede constituir delito. La literal reza: "La realización de cualquier acto que induzca, permita, facilite u oculte una infracción o cualesquiera de los derechos exclusivos correspondientes a los autores, a los titulares de un derecho de autor, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión".

23 Por el momento no existe en nuestro país una sociedad de gestión colectiva que recaude el *droit de suite*.

24 Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 19.

25 El Artículo 72 de la Ley de Derechos de Autor establece: "Los derechos patrimoniales pueden transmitirse total o parcialmente, por cualquier título, debiendo constar por escrito. Toda transmisión entre vivos se presume realizada a título oneroso, salvo pacto expreso en contrario."

Para efectos prácticos, hacer tal distinción resulta esencial bajo nuestra legislación ya que nos permite determinar su alcance y protección, generalmente los derechos morales no tienen plazo de protección y son personalísimos, mientras que los derechos patrimoniales sí tienen un plazo establecido.

El *droit de suite*, otorga al artista un porcentaje del precio de la reventa de sus obras, en tal sentido es similar a las regalías que obtienen los escritores. Básicamente consiste en un porcentaje del precio. Por lo tanto, es claro que el interés tutelado es meramente económico, y no moral. Además, el Artículo 28 de la Ley de Derecho de Autor, que se refiere a los derechos patrimoniales, en su literal e) hace referencia al artículo 38 en el cual queda establecido el *droit de suite*, lo cual nos lleva a inferir que nuestra legislación también ha considerado el *droit de suite* como un derecho de carácter patrimonial. Como tal, *el droit de suite* queda establecido por toda la vida del autor y setenta y cinco años después de su muerte.[26]

Algunos confunden la calidad de derecho patrimonial del *droit de suite* debido a su calidad de inalienable otorgada por el Convenio de Berna. Cabe indicar que si bien el Convenio en su Artículo 14 ter deja en libertad a los países para establecer el *droit de suite*, sí indica que el derecho es inalienable, por lo tanto, si las legislaciones nacionales deciden establecerlo, no pueden contrariar esta calidad.[27] En este sentido, nuestra legislación nacional no le otorgó en forma específica la calidad de inalienable, únicamente señala en forma general que los derechos patrimoniales pueden transmitirse total o parcialmente.[28] De cualquier forma esta es una norma de carácter general y el Artículo 14 *ter* del Convenio es una norma específica en relación al *droit de suite* de conformidad con la cual este derecho es inalienable. Al respecto debemos aclarar que la inalienabilidad no es un criterio que deba considerarse para hacer la distinción entre derechos morales y patrimoniales. El único criterio que debe analizarse es el interés tutelado. En este sentido, el *droit de suite* protege un interés esencialmente económico y su naturaleza inalienable, a pesar de ser una característica usual de los derechos morales, de ninguna forma disminuye su carácter patrimonial.

VI. NATURALEZA JURÍDICA

Existen diversas teorías que buscan explicar la justificación y la naturaleza jurídica del *droit de suite*, entre ellas destacan las siguientes:

La primera, que denominaremos la Teoría Francesa, sostiene que el artista merece una retribución por el aumento en el valor de la obra, que se deriva de la inversión original del artista en la creación y el prestigio y fama de su autor. Esta teoría percibe una desventaja en las regulaciones del derecho de autor para los artistas en comparación con los escritores y compositores, porque los segundos tienen un vínculo permanente al futuro económico de sus obras, mientras que los artistas al vender la obra pierden todo vínculo económico con ella; resulta una especie de redistribución de la riqueza hacia el creador de la obra. Sostiene además que el valor de las obras artísticas se aprecia, hasta después de haber transcurrido varios años de su creación, supone que los grandes artistas se encuentran adelantados a su tiempo y que no es hasta después de la venta original que la sociedad realmente aprecia su valor. Es por esto que se considera que el artista merece una compensación por el valor que adquiere su obra cuando se aprecia su valor real, y por lo tanto, bajo dicha teoría el *droit de suite* se calcula sobre el precio total de la reventa.

La segunda, que denominaremos la Teoría Alemana, llamada también teoría de ganancias de capital, toma en cuenta los motivos de equidad presentados por la Teoría Francesa, pero además indica que la apreciación del valor de la obra se encuentra latente en la misma; este incremento en el valor resulta del trabajo realizado por el artista. En tal sentido, el propietario del soporte en el que se encuentra plasmada la obra percibe un aumento en el valor de la obra, que por razones de equidad le corresponde compartirlo con el creador. Por lo tanto, en Alemania el porcentaje que obtiene el artista se calcula de la

26 Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 43.

27 Señalamos además que según el Convenio únicamente se otorga a los países la libertad para establecer o no el *droit de suite*, determinar sus modalidades de percepción y el monto a percibir, no así su naturaleza inalienable.

28 Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 72.

diferencia entre el precio de la venta anterior y el precio de reventa, es decir de la ganancia de capital.

La tercera que denominaremos la Teoría Belga, sostiene que existe un cambio en las condiciones originales de la compraventa que requieren una revisión de los términos de la misma. Según esta teoría, el aumento en el valor de la obra constituye un cambio en los términos originales de la compraventa y coloca al artista en una situación de desventaja, ya que no podía prever tal situación. El incremento en la fama y notoriedad del artista se consideran situaciones extraordinarias que cambian los términos originales del contrato, por lo tanto, el artista tiene derecho a que dicha desventaja sea compensada a través de una retribución que corresponde al *droit de suite*.

La última, que denominaremos la Teoría del Enriquecimiento Ilícito, argumenta que el vendedor se beneficia injustamente del aumento exorbitante en el valor de la obra. El comprador no ha hecho nada para apreciar el valor de la obra.[29] El aumento en su valor proviene del reconocimiento de la sociedad del talento del artista, razón por la cual el comprador no debe ser el único beneficiado por esto; por lo tanto, el artista tiene un legítimo derecho a obtener un provecho económico.

A pesar de que ninguna de las teorías anteriormente expuestas ha obtenido reconocimiento universal, las teorías Francesa y la Alemana gozan del mayor apoyo. La Teoría Alemana, a pesar de que es más difícil de recaudar, es en mi opinión, más equitativa, puesto que el artista únicamente recibe una participación si su obra ha generado ganancias. Según la Teoría Francesa, aun si la obra se deprecia, el artista tiene derecho a obtener una participación.

Se puede inferir que nuestra legislación, al adoptar un *droit de suite*, basado en el precio total de la reventa y no simplemente en la ganancia de capital, ha adoptado los lineamientos generales de la Teoría Francesa.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La propiedad intelectual difiere de otras formas de propiedad, en el sentido que el producto artístico manifiesta la personalidad e ideas de su creador las cuales quedan permanentemente vinculadas a la obra. Es por lo tanto que la propiedad intelectual requiere una protección distinta a la propiedad tradicional.

El *droit de suite* es un derecho de los artistas que se encuentra plenamente aceptado por nuestra legislación y es un concepto cuyo reconocimiento internacional va en aumento a pesar de las críticas que se pueden formular en su contra.[30] Este derecho protege un interés eminentemente económico, por tal motivo, se contempla como un derecho patrimonial para efectos de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de su naturaleza inalienable, según lo dispuesto por la norma específica del Convenio de Berna.[31]

El *droit de suite* busca compensar una supuesta desventaja de los artistas con relación a los escritores y compositores, bajo el criterio de que existe un lapso entre la creación de la obra y su apreciación por la sociedad. Este derecho se fundamenta en la suposición de que al inicio de su carrera un artista recibe poco dinero por sus obras, pero a medida que crece su fama y popularidad el precio por sus obras aumenta, ya sea por la falta de apreciación por parte de la sociedad o porque el aumento del valor se encuentra latente en ella; mientras un escritor o compositor se encuentra ligado a la fortuna económica de sus obras, el artista, debido a la naturaleza única y original de su creación y porque la obra ya no está en su poder, no puede percibir un ingreso económico del aumento en su valor. Por lo tanto, resulta contrario al espíritu e intención original de este derecho que se incluyan dentro del campo de protección del *droit de suite*, los manuscritos originales de los escritores y compositores.[32] En general, ese beneficio económico lo obtienen los propietarios del soporte físico en el cual se encuentra plasmada la obra. El *droit de suite*, resulta por lo tanto, un mecanismo de redistribución de riqueza hacia el creador de la obra.

29 En todo caso los derechos morales del artista le impedirían modificarla.
30 Adelanto que el análisis crítico del *droit de suite* será objeto de un estudio posterior.
31 Cabe señalar que tal inalienabilidad no es absoluta, puesto que el Convenio establece que tal derecho subsiste en los herederos o legatarios, después de la muerte del artista.
32 Éste generalmente sólo les representa un interés económico secundario.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Ashley, Stephen S.
1977 *A Critical Comment on California's Droit de Suite, Civil Code Section 986*. Hastings Law Journal. Volume 29.

Berger, Bernhard
2001 *Why Resale Rights for Artists are a Bad Idea. Selected Problems in Art Law.*

Cornish, William and Llewelyn, David.
2003 *Intellectual Property*. Fifth Edition. Sweet & Maxwell. London.

Cornish, William
2003 *Cases and Materials on Intellectual Property*. Sweet & Maxwell. London.

Damich, Edward J.
1994 *Moral Rights Protection and Resale Royalties for Visual Art in the United States: Development and Current Status*. Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. Volume 12.

Emley, Sharon J.
1977 *The Resale Royalties Act: Paintings, Preemption and Profit*. Golden Gate University Law Review. Volume 8.

Gibaldi, Steven.
1987 *Artist's Moral Rights and Film Colorization: Federal Legislative Efforts to Provide Visual Artists with Moral Rights and Resale Royalties*. Syracuse Law Review. Volume 38.

Glucksman, Carol P.
1982 *Art Resale Royalties: Symbolic or Economic Relief for the Fine Artist*. Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. Volume 115.

Hauser, Rita E.
1962 *The French Droit de Suite: The Problem of Protection for the Underprivileged Artist under the Copyright Law*. Copyright Law Symposium. National Award Essay. Volume 11.

International Bureau of Intellectual Property
1986 *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*. World Intellectual Property Organization. Geneva.

Johnson, Jay B.
1992 *Copyright: Droit De Suite: An Artist is Entitled to Royalties Even After He's Sold His Soul to the Devil*. Oklahoma Law Review. Volume 45.

Lipszyc, Delia
1993 *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO /CERLALC / ZAVALIA. Buenos Aires.

Neumann, Lee D.
1997 *The Berne Convention and Droit de Suite Legislation in the United States*. Copyright Law Symposium. National First Prize. Volume 40.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
1978 *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Ginebra.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
1998 *Material de Lectura de Propiedad Intelectual*. Segunda Edición. Ginebra.

Pfeffer, Jennifer B.
2003 *The Costs and Legal Impracticalities Facing Implementation of the European Union's Droit de Suite Directive in the United Kingdom*. North Western Journal of International law & Business. Volume 24.

Price, Monroe E.
1967 *Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of the Droit de Suite*. Yale Law Journal. Volume 77.

Reddy, Michael B.
1994 *The Droit de Suite: Why American Fine Artists should have the right to a Resale Royalty*. Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal. Volume 15.

Shaffer, Roberta I.
1987 *The Artist's case for Droit moral and Droit de Suite Continues*. International Journal of Legal Information. Volume 15.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Al cual Guatemala se adhirió el 20 de junio de 1996, por medio del decreto 71-95.

Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala.

Código Penal.

"La Universidad debiera insistirnos en lo antiguo y en lo ajeno. Si insiste en lo propio y lo contemporáneo, la Universidad es inútil, porque está ampliando una función que ya cumple la prensa."

Jorge Luis Borges

NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER[1]

Consideraciones sobre el *droit de suite*: Análisis crítico del derecho de los artistas a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras

SUMARIO: I.- Presentación. II.- Análisis Crítico. A. Participación sobre la ganancia o sobre el precio de venta. B. Desventaja de los Artistas con relación a los Escritores y Compositores. C. Impacto en el Mercado Artístico. D. Sanción al Inversionista. E. Reconocimiento tardío del valor de la obra y otros motivos de equidad. F. Incentivo para la creación. G. Recaudación. III.- Consideraciones Finales. IV.- Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

En relación con la compraventa de obras de arte se cuentan varios relatos de obras que son adquiridas por ínfimas sumas de dinero y que luego de algún tiempo, inclusive después del fallecimiento del artista,[2] son subastadas por montos muy por encima de su precio original, proporcionándole a los vendedores una nueva fortuna. Por ejemplo, Vincent van Gogh únicamente logró vender una obra en el transcurso de su vida,[3] obteniendo por ella una pequeña cantidad que le permitió adquirir materiales básicos para continuar su oficio. Después de su muerte muchas de sus obras fueron vendidas por sumas muy modestas; sin embargo, con el transcurso de los años, el valor de sus obras ha experimentado un aumento significativo, siendo uno de los artistas más reconocidos a nivel mundial cuyas obras obtienen los mayores precios de reventa en la historia. Su obra "Retrato del Dr. Gachet" fue adquirida en 1990 por un inversionista japonés por el precio de US$82.5 millones de dólares.[4] A pesar de ésto, ni el artista ni sus herederos obtuvieron alguna participación en la fortuna que han generado estas obras.

Después de escuchar varios relatos de artistas que habían vivido en la miseria mientras sus obras eran subastadas por fortunas, como la de la nieta de Millet, quien vivía en la miseria vendiendo flores en las calles mientras las pinturas de su abuelo se subastaban por más de mil veces el monto que originalmente le habían pagado por ellas, el Parlamento Francés en 1920 decidió establecer el derecho de los artistas y sus herederos a obtener una participación en el precio de reventa de sus obras. Este derecho es conocido universalmente como *droit de suite*, que puede traducirse literalmente como derecho de seguimiento o participación, pero debido a su origen francés y su identificación por aquel nombre, dentro de la presente investigación preferimos denominarlo por el término francés original.

El *droit de suite* es un derecho patrimonial que permite a los artistas obtener una participación del precio de reventa de sus obras. Estos usualmente al vender el soporte material en el cual se encuentra plasmada su obra, quedan separados totalmente de su explotación económica y no se ven beneficiados por el aumento en su valor. Por medio de este derecho un artista que

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín.

2 El término artista, dentro de la presente investigación se usa para referirse a los pintores, dibujantes, escultores y otros dentro del campo de las obras plásticas, específicamente para diferenciarlos de los escritores y compositores.

3 La obra "*Red Vineyard*" (Viñedo rojo) por un precio de 400 francos.

4 El segundo precio más alto pagado por una obra de arte en subasta. El más alto a la fecha es de 104.1 millones de dólares en el año 2004 por la obra "*Garçon à la pipe*" de Pablo Picasso.

ha vendido su obra al inicio de su carrera o en un momento en el cual su talento no era del todo apreciado, puede beneficiarse del precio de la reventa, obteniendo una participación en el futuro económico de su obra.

El *droit de suite* se encuentra reconocido por el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas,[5] nuestra ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos[6] y por las legislaciones nacionales de un creciente número de países.[7] De acuerdo con nuestra legislación, los artistas o en su caso sus herederos, tienen derecho a obtener un 10% del precio de reventa de sus obras, efectuadas en pública subasta o por medio de un negociante profesional en obras de arte. Esta disposición también señala que será aplicable a la venta de manuscritos originales de autores y compositores.

Este derecho pretende que el artista reciba una equitativa retribución por su labor, comparable a la que reciben por medio de regalías, los escritores y compositores. Es una forma de redistribución de la riqueza hacia el creador de la obra. El objetivo de la presente investigación es proporcionar un análisis crítico del *droit de suite*, a partir de los motivos históricos que llevaron a su establecimiento y las implicaciones económicas que conlleva su reconocimiento.

II. ANÁLISIS CRÍTICO

La propiedad se encuentra reconocida como un derecho constitucional inherente a la persona humana.[8] Su regulación Constitucional señala que toda persona tiene derecho a disponer de sus bienes de conformidad con la ley. Asimismo, el Derecho de Autor se encuentra reconocido como un derecho constitucional, el cual se goza de conformidad con la ley y los tratados internacionales.[9] El *droit de suite*, al establecer un derecho de participación sobre el precio de reventa de la obra, contradice las nociones tradicionales de la propiedad, y en especial su carácter de absolutividad. Sin embargo, este derecho de acuerdo con las normas citadas y la doctrina, puede verse limitado por la ley. Al respecto nuestro Código Civil indica que las producciones del ingenio o del talento se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y por las especiales de esa materia.[10] En este sentido la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, es una ley de orden público y de interés social.[11] Por tales motivos, el Derecho de Autor representa una forma especial de propiedad con distintos derechos y obligaciones que la propiedad ordinaria. Por lo tanto, el *droit de suite*, contenido en nuestra ley y el Convenio de Berna, es una disposición válida y vigente según nuestro ordenamiento jurídico.

El *droit de suite* se encuentra fundamentado en una idea romántica del artista europeo del siglo XIX y surge de varias suposiciones acerca de la relación entre la sociedad y los artistas, particularmente la noción de que los derechos de autor presentan una desventaja para los artistas en relación con los escritores y compositores derivada de la naturaleza única de sus creaciones y su forma de explotación. Además, considera que los artistas no se ven equitativamente compensados por sus contribuciones a la sociedad porque se encuentran adelantados a su tiempo y por lo tanto el verdadero valor de sus creaciones únicamente es reconocido por la sociedad varios años después de que el artista ha vendido los soportes materiales en los cuales se encuentran plasmadas o incluso después de su fallecimiento. Esto le imposibilita obtener un equitativo beneficio económico. Adelante examinaremos distintas posturas y justificaciones en relación al *droit de suite*.

---

5 Artículo 14 *ter*. Convenio al cual Guatemala se adhirió el 20 de junio de 1996 por medio del Decreto 71-95. En adelante referido como el Convenio. Dentro de éste se reconoce el derecho, pero se deja su establecimiento a la discreción de cada país, imponiendo únicamente su reconocimiento a artistas extranjeros de conformidad con el principio de reciprocidad.

6 Artículo 38.

7 Entre ellos Alemania, Algeria, Bélgica, Brasil, Chile, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América (California), Filipinas, Francia, Finlandia, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, Italia, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Marruecos, México, Nicaragua, Perú, Portugal, Santa Sede, Senegal, Suecia, Túnez, Turquía, Uruguay y Venezuela.

8 Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

9 Artículo 42 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

10 Artículo 470 del Código Civil.

11 Artículo 1 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

a. Participación sobre la ganancia o sobre el precio de venta

No existe entre los países que han adoptado el *droit de suite*, una postura generalizada sobre si éste debe calcularse sobre el precio total de la reventa o únicamente sobre la ganancia del vendedor, es decir, la diferencia entre el precio por el cual se adquirió y el precio de la reventa. El Convenio de Berna, tomando en cuenta esta diferencia y en aras de lograr un mayor acuerdo, dejó esta cuestión a la legislación interna de cada país.

Sobre la forma de calcular el *droit de suite* existen esencialmente dos posturas; la primera, generalmente llamada la Teoría Francesa, argumenta que el artista tiene derecho a una participación del total del precio de reventa de su creación. La segunda postura, de origen alemán, denominada Teoría de Ganancias de Capital, indica que se debe calcular únicamente sobre el aumento del valor de la obra en relación con la adquisición previa, es decir, la ganancia de capital. Sobre este punto no hay un acuerdo generalizado y cada país ha adoptado la postura que más le ha parecido; aunque la postura francesa ha tenido mayor reconocimiento, nuestra legislación sigue los lineamientos de la primera.

Para analizar el monto sobre el cual se debe determinar el *droit de suite* debemos considerar varios aspectos. La primera, al establecer el derecho sobre la totalidad del precio parte de que el vendedor de la obra no tiene costos de operación. Sin embargo, sobre todo en el caso de las galerías de arte, éstos deben invertir en la exhibición de la obra, seguros, promoción, entre otros gastos. Asimismo, la postura supone que la obra aumentará de valor, sin embargo en la realidad la mayoría de obras se deprecia. Al establecer el *droit de suite*, sobre el precio de reventa, el artista tendría derecho a obtener una participación aun si el precio es menor al cual fue adquirido, por lo que a pesar de que el vendedor tiene una pérdida, el artista tendría una ganancia. En este sentido, la segunda postura nos parece más equitativa, puesto que otorga al artista un beneficio económico sobre la ganancia del vendedor, es decir sólo aplica en aquellos casos en que la obra aumente de valor.

En la versión aprobada por Checoslovaquia en 1926, el porcentaje que se pagaba al artista era calculado sobre la diferencia de precio entre el valor por el cual el propietario había adquirido la obra y el valor de su venta. En la experiencia de aquel país el sistema resultó altamente impráctico y fue casi imposible cobrarlo por las diversas formas de evadirlo,[12] aunque en Alemania, en donde también se calcula sobre la ganancia, la recaudación es bastante eficiente. Podemos decir que en los casos en que el derecho se calcula sobre la totalidad del precio de reventa su recolección es más fácil.

En cuanto a las dos posturas, nuestra legislación, así como la del resto de Centroamérica, estipula que el *droit de suite* se debe calcular sobre el precio total de reventa. Esto proporciona al artista un beneficio económico independientemente de si la obra ha aumentado de valor, inclusive le otorga el derecho si la misma se ha depreciado. En este sentido resulta contrario a su espíritu y fundamentación histórica que consistía en compartir las ganancias con los artistas cuyas obras se habían apreciado. Asimismo, la primera postura recompensa al artista por la reventa de sus obras, independientemente del valor, mientras que la segunda únicamente cuando hay ganancia, por lo que un artista cuyas obras sean vendidas varias veces aunque no varíe su valor, superará económicamente a un artista cuyas obras aumenten drásticamente de valor pero que sean vendidas pocas veces. Por tales consideraciones nos inclinamos, por motivos de equidad, hacia la determinación del *droit de suite*, únicamente sobre la ganancia del vendedor.

b. Desventaja de los artistas con relación a los escritores y compositores

La esencia del *droit de suite* resulta en la disparidad entre el precio original de venta y el precio por el cual algunas obras luego son vendidas y en la naturaleza única de las obras plásticas, que a diferencia de las obras literarias y musicales, no le permite al

12 Una de las formas utilizadas para evadir su pago, consistía en realizar una compraventa simulada por un precio muy bajo con una entidad desconocida, quien luego la revendía al comprador por el precio real. De esta forma el primer vendedor tendría que pagar una pequeña cantidad por este concepto, mientras que la segunda, que usualmente era extranjera, difícil de localizar o que no tenía bienes, nunca pagaba el porcentaje que le correspondía.

artista percibir un beneficio económico de la apreciación de sus obras. En este sentido, desde los orígenes del *droit de suite* en Francia, se ha argumentado que el derecho de autor no ha sido diseñado de forma equitativa entre los artistas y los autores y compositores, por lo tanto las disposiciones del *droit de suite* son necesarias para equipararlos.

Los escritores y compositores obtienen continuos beneficios económicos de la explotación de sus obras a través del tiempo. El escritor cada vez que se venden sus libros y el compositor cada vez que se ejecuta sus obras o se venden sus discos. De esta forma pueden verse ligados al valor de sus obras en el tiempo. Aun si originalmente han vendido sus derechos patrimoniales a un precio bajo, si las ventas de sus libros aumentan, también aumentará la fortuna del autor al emitirse nuevos tirajes. Asimismo, los compositores se verán beneficiados por la creciente ejecución y difusión de sus composiciones. Los artistas no gozan de este beneficio, puesto que si aumenta la apreciación de sus obras y por lo tanto su valor, ellos no obtienen un beneficio económico, ya que usualmente ya han vendido el soporte material en el cual se encuentra plasmada. En este sentido, los artistas tienen una supuesta desventaja, en el sentido que no pueden seguir la fortuna de sus obras.

Esta supuesta desventaja ha sido uno de los principales motivos por el cual se ha establecido el *droit de suite*. Al respecto es oportuno señalar que el artista usualmente obtiene el precio por sus obras en el momento de venderlas, mientras que los autores y compositores lo obtienen a través del tiempo. El ingreso del artista depende de la aceptación de su obra por parte del comprador. Los ingresos de los escritores y compositores dependen de la aceptación de la obra por parte del público en general. Por lo tanto, debemos tomar en cuenta el valor del dinero en el tiempo. Un escritor, por ejemplo, obtendrá una pequeña parte del valor de la venta de cada libro en el transcurso de varios años,[13] mientras que un artista, obtendrá un precio a cambio de su obra, el cual usualmente será accesible en forma inmediata. De esta forma, si bien el artista no obtiene regalías por la explotación de su obra, sí puede invertir su ganancia inmediatamente y obtener un mayor rendimiento. Por otro lado, el escritor, al estar mayormente ligado a la fortuna de su obra, también toma un riesgo mayor, ya que si la obra no es aceptada por el público, no tendrá mayores ingresos. El riesgo del artista es mínimo, él obtiene un precio de manera inmediata, independientemente de las fluctuaciones en el valor de su obra.

Otros sostienen que debido a la permanente relación del artista con su obra, ya que en ella se encuentra plasmada su personalidad y por la naturaleza única y original de sus creaciones, la enajenación es precisamente su forma de explotación. Así como las novelas escritas se explotan por medio de su reproducción y las obras musicales a través de su interpretación, las obras artísticas, se explotan a través de la transferencia de su propiedad. El argumento indica que estas obras únicamente se aprecian a través de la propiedad y por lo tanto su transferencia constituye su explotación, en este sentido el *droit de suite* es el equivalente a una regalía. Este argumento no ha gozado de mayor aceptación.

La supuesta desventaja de los artistas con relación a los escritores y compositores nos lleva a argumentar que la naturaleza de sus obras permite a los escritores y compositores una mejor participación en la fortuna económica de sus obras, pero a cambio también deben correr con un riesgo. Si sus obras no obtienen mayor rendimiento, ellos tampoco se verán beneficiados. Los artistas debido a la naturaleza de sus obras no tienen esa participación en el futuro económico de sus obras, pero tampoco corren con un riesgo. Al vender el soporte material obtienen una retribución, independiente del valor futuro de dicha creación, por lo que la supuesta desventaja se debe al riesgo que cada uno asume. En este sentido consideramos que cada oficio tiene sus riesgos y particularidades; por lo tanto, las distintas ocupaciones no tienen por qué verse similarmente compensadas.

Es importante indicar, además, que si uno de los principales argumentos con relación al establecimiento del *droit de suite* era compensar la supuesta desventaja anteriormente indicada, resulta contrario a su espíritu que se incluya dentro de su ámbito a los manuscritos originales de los autores y compositores,

13 Lo usual es que los escritores obtengan un porcentaje de las ventas de sus libros; únicamente los escritores de mayor renombre logran obtener una suma previa a la venta de sus libros; además existen otros ingresos que puede obtener el escritor como por ejemplo, los derivados de las adaptaciones (películas, obras de teatro, traducciones, entre otros) de sus obras.

tal y como lo establece nuestra legislación y el Convenio de Berna.

e. Impacto en el mercado artístico

Un aspecto importante que debe considerarse, al establecer un derecho de participación en el precio de reventa de las obras artísticas, es el impacto que esto tiene en el mercado de obras de arte. Sobre este tema encontramos posturas encontradas.

Al obligar al vendedor al pago de una parte del precio de venta de la obra aparentemente se distribuye la riqueza obtenida por el vendedor en favor del creador de la obra, a primera vista es el vendedor el único perjudicado. Sin embargo, al hacer un análisis más detenido podemos notar que si el vendedor puede transferir este costo a otra persona, seguramente lo hará. En este sentido tiene varias opciones, puede transferirlo al comprador aumentando el precio, lo que se reflejará en un aumento en el valor total de las obras. Esto afectará la demanda y por lo tanto disminuirá el número de transacciones efectuadas. Al haber menos transacciones se reducirán las ganancias de las galerías de arte; en consecuencia, lo más probable es que habrá menos ventas y por lo tanto menos ganancias para los artistas. Resulta lógico suponer también que cuanto más aumenta el valor de un bien, menos personas podrán adquirirlo, y por lo tanto, la demanda disminuye. Al haber menos demanda, los precios deben disminuir nuevamente, pero si se reducen los precios y además debe pagarse el *droit de suite*, entonces se perjudica doblemente al vendedor. Debido a que en este caso ya compró la obra del artista, no puede transferir el costo a éste, pero sí puede transferirlo a los artistas de las obras que adquiera en el futuro, exigiéndoles un menor precio cuando compre sus obras, lo que representa un menor ingreso inmediato para ellos, especialmente para los nuevos o los que tengan poco reconocimiento en el mercado.

La asociación con las galerías permite al artista concentrarse en la producción de su arte y no en su promoción. Si el costo se traslada a los vendedores, éstos argumentarán que ya tienen bastantes costos relacionados con su trabajo, los costos de exhibición, publicidad, conservación, seguros, transporte, seguridad, entre otros, ya afectan las ganancias a ser percibidas, y por lo tanto desincentiva el negocio.

En algunos casos, las mismas galerías de arte deciden exhibir obras de otras galerías, estipulando que si no logran venderlas o si no venden un mínimo, tendrán que comprarlas ellas mismas. Al estipular el *droit de suite* y siendo aplicable a ese caso, se reducirá la probabilidad de que las galerías tomen esos riesgos, perjudicando a aquellos artistas que se verían beneficiados por tal promoción.

En muchos casos se presenta que la autenticación de las obras de arte representa una complicación en la transacción. Una ventaja del *droit de suite* es que constituye un incentivo para que el autor autentique la obra siendo de gran beneficio para el vendedor obtener la colaboración del artista, ya que de esta forma puede asegurarle al comprador que la misma es genuina. Sin embargo, el *droit de suite* puede a su vez constituir un incentivo perverso para la autenticación de trabajos que realmente no fueron creados por el artista, ya que si él va a obtener un porcentaje del precio de reventa, en nuestro caso 10%, sería una buena oportunidad para obtener un ingreso adicional. A esto se ha argumentado que si el artista autentica una obra que no es digna de su nivel artístico, se hace daño a sí mismo en desmedro de su prestigio y afecta el valor de la venta de sus obras en el futuro, aunque si la imitación resulta ser de buena calidad y es digna de su talento, tiene un incentivo para autenticarla y obtener una ganancia. Esto en todo caso dependerá del artista.

Otros estudios sugieren que el valor del *droit de suite* es muy pequeño para tener un efecto en el mercado. Sin embargo debemos aclarar que estos estudios fueron realizados en jurisdicciones en las cuales el porcentaje del *droit de suite* corresponde a un 2% o 3% del precio de la obra, en nuestro país el porcentaje es del 10%, el mayor de todas las jurisdicciones analizadas. En El Salvador, este derecho es de un 2% del precio de reventa,[14] en Costa Rica,[15] en Nicaragua[16] y Honduras es de un 5%.[17] Únicamente en

14 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Artículo 37.
15 Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Artículo 151.
16 Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Artículo 26.
17 Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Congreso Nacional de la República de Honduras, Artículo 43.

Italia es de un 1% al 10% pero se calcula sobre la ganancia del vendedor y no sobre el precio total de la venta. Tomando en cuenta el *droit de suite*, los impuestos aplicables y los honorarios de las galerías, la venta de obras de arte en Guatemala puede resultar un negocio poco lucrativo.

Actualmente el *droit de suite* es casi desconocido en nuestro país y su aplicación es prácticamente inexistente; por lo tanto, no ha tenido mayor impacto en el mercado artístico. Si el derecho fuera aplicado, es nuestra opinión, tendría un fuerte impacto en el mercado artístico, desincentivando la subasta de obras en el país o su venta por medio de profesionales del arte, las cuales podrían trasladarse fácilmente a jurisdicciones con porcentajes menores. Al respecto, inclusive autoridades francesas, cuyo mercado artístico goza de gran tradición y reputación, han indicado que el establecimiento del *droit de suite* había arriesgado la posición de Francia en el mercado de arte internacional por lo que proponían reducir el porcentaje que habrían de obtener los herederos o persuadir a otros países a que adoptaran disposiciones iguales o con porcentajes mayores.[18]

d. Sanción al inversionista

Algunas personas adquieren las obras de arte simplemente como inversiones, esperando ser los primeros en descubrir un talento para adquirir sus obras a un precio muy bajo y venderlas a precios muy superiores. Al establecer un derecho de participación del artista sobre un porcentaje del valor del precio de venta de la obra, se reducen las ganancias del vendedor y por lo tanto disminuyen las expectativas de que las obras sean inversiones lucrativas. Esto de cierta manera perjudica las ventas de los artistas, lo cual se ve reflejado en sus ingresos. Si bien es cierto que una gran parte de las personas que adquieren obras de arte lo hacen por su belleza artística o simplemente porque la obra les gusta y no como una inversión, tienen que competir por las obras en un mercado junto con aquellas personas que sí lo hacen exclusivamente como una inversión. El inversionista, comprará la obra según el rendimiento que espera obtener de la misma; por lo tanto, si una obra se encuentra sujeta a *droit de suite* o inclusive a un distinto porcentaje de *droit de suite*, esto influenciara su elección, lo cual tendrá un efecto en el mercado de obras artísticas.

Una postura muy particular sostiene que el comprador del soporte físico en el cual se encuentra plasmada la obra que haya reconocido el talento del artista tiene derecho a beneficiarse de cualquier incremento en su valor, debido a que arriesgó su capital en una obra que no había sido reconocida por el mercado. Sin embargo, en aquellos casos en que el que adquiere la obra es un comerciante sin gusto artístico que únicamente lo hace como inversión para procurarse un lucro, entonces no tiene derecho a ser el único en beneficiarse del aumento en el valor de la obra y por lo tanto en esos casos es equitativo que el artista reciba una parte. Dentro del mercado, los motivos por los cuales las obras sean adquiridas resultan a nuestro juicio, no sólo imposibles de descubrir sino irrelevantes en cuanto a la determinación o no del *droit de suite*.

El *droit de suite* no toma en consideración los riesgos que ha tomado el inversionista. El comprador también asume un riesgo al adquirir la obra; la gran mayoría de obras se deprecian en valor. Es por lo tanto que los inversionistas deben escoger cuidadosamente las obras que adquirirán. En este sentido comprarán varias obras de distintos artistas, diversificando su riesgo y esperando que alguna de éstas se aprecie en valor. De esta forma, la ganancia que obtengan, servirá para subsidiar las compras de las obras que se depreciaron en valor, y obtener una ganancia por su riesgo. El *droit de suite* reduce la expectativa de obtener ganancias y por lo tanto las obras de arte, especialmente en jurisdicciones con altos porcentajes de *droit de suite*, no resultarán inversiones atractivas, por lo que el inversionista deberá exigir menores precios en sus compras originales o no tomar riesgos con artistas nuevos o desconocidos, perjudicando precisamente a aquellos que más lo necesitaban.

e. Reconocimiento tardío del valor de la obra y otros motivos de equidad

Uno de los argumentos principales del *droit de suite* indica que los artistas usualmente venden sus obras por modestas sumas y varios años después, muchas

18 Ashley, Steven S. A Critical Comment on California's Droit de Suite, Civil Code Section 986, pág. 252.

veces luego de la muerte del artista, estas obras son vendidas de nuevo por precios muy altos. Nos viene a la mente el caso del artista que vende sus obras por una miseria, usualmente para comprar materiales de pintura para continuar con su arte, mientras que el comprador es un inversionista adinerado, que busca aprovecharse del artista pagándole una miseria por sus obras y luego las revende a precios muy superiores. Muchos años después, el artista y su familia continúan en la miseria mientras que sus obras son subastadas por millones de dólares en las casas de subasta más prestigiosas del mundo. Estos casos en la práctica son sumamente raros.

El éxito económico de los artistas o el incremento en el valor de sus obras usualmente no se debe en exclusividad a su talento, sino además a su habilidad y buena fortuna. Existen varios motivos que pueden hacer que aumente el precio de una obra y el talento, aunque muy importante, en muchos casos sólo es parte del éxito, que se puede complementar por varios factores, tales como la inflación del mercado artístico, los cambios en la moda, la obtención de un importante premio, que sus obras sean adquiridas por un coleccionista renombrado, que los trabajos sean exhibidos en un lugar de prestigio, que sean alabados por algún crítico renombrado, por cambios impredecibles en el gusto de la sociedad o a la habilidad y promoción de su representante.

Algunos sostienen que el artista subsidia la ignorancia de la sociedad, la cual no valora su obra, hasta años después, debido a que se encuentra adelantado a los tiempos. El verdadero valor y potencial de su obra no es comprendido hasta muchos años después, luego de que él ya vendió el ejemplar único por una modesta suma. En este sentido resulta injusto que el artista, a través de su pobreza, sea el único que pague las consecuencias de este proceso de maduración artística de la sociedad y subsidie con su pobreza la ignorancia del público. Es por lo tanto que el *droit de suite* constituye una forma de impuesto generacional que deben pagar las futuras generaciones por la ignorancia de sus antepasados y la falta de apreciación de la obra del artista. Ahora bien, algunos argumentan que es injusto imponer tal carga a las generaciones del futuro ya que ellos sí valoran la obra y es por eso que la misma ha aumentado de precio, a esto se ha contestado que si bien ellos sí han valorado la obra, seguramente no valoran otras obras que están siendo creadas por artistas de ese momento, los cuales a su vez se encuentran adelantados a su tiempo respectivo, y es por esto que esas generaciones también son incultas y deben compensar económicamente a esos artistas.

Asimismo, se argumenta que los artistas son los mayores colaboradores de los museos, siendo en gran medida, entre los mayores donantes de obras y esculturas. Los museos son una fuente importante de educación y de cultura para la sociedad. En este sentido, los artistas al donar sus obras están subsidiando, de sus propios bolsillos, la educación artística de sus comunidades. Es por eso que el *droit de suite*, se convierte en una especie de retribución al artista por su colaboración hacia la educación artística de su comunidad.

Es cierto que existen algunos casos notables de artistas cuyo talento no fue reconocido en su tiempo, tal como fue el caso de Van Gogh. Sin embargo, cabe señalar que el precio de un bien, como lo es una obra artística, se encuentra determinado por la oferta y demanda en un momento específico. Debido a que el artista decide su profesión de manera voluntaria, no puede argumentarse que son explotados en sus transacciones con los compradores. El artista tiene la opción de vender sus obras ahora, o retenerlas como una inversión por un periodo. Nadie estará dispuesto a intercambiar un bien por otro de menor valor según su preferencia en un momento dado. Por lo tanto, el artista está dispuesto a recibir un beneficio inmediato en un intercambio libre a un precio de su aprobación. La venta únicamente será celebrada si el artista así lo desea.

Algo que debe considerarse como fuente alternativa de ingresos económicos es el creciente mercado por dibujos preliminares, bosquejos y estudios preparatorios. El artista que ha conservado estos dibujos preparatorios o sus herederos, pueden venderlos y participar también en el aumento de su fama y prestigio. Inclusive podría el artista guardar uno de cada treinta cuadros que produzca y venderlos una vez que el público reconozca su verdadero valor. Otros, al darse cuenta que no obtendrán el éxito económico que esperaban buscarán oficios alternativos; en muchos casos relacionados con su talento artístico. Debemos suponer al igual que los compradores de obras que los artistas se encuentran motivados por algo más que el lucro económico.

f. Incentivo para la creación

El *droit de suite* también tiene como objetivo proteger al creador de la obra e incentivarlo a crear más, beneficiando en última instancia a toda la sociedad. De esta forma, se argumenta que si el artista obtiene un porcentaje del valor de reventa de sus obras, se le asegura un nivel mínimo de subsistencia dentro del cual pueda continuar creando.

En cuanto a este punto es importante notar que el mercado de obras artísticas es bastante estable. La mayoría de grandes compradores, tienden a adquirir las obras y guardarlas por mucho tiempo, sin venderlas. Estos usualmente son museos o fundaciones, en nuestro país también instituciones bancarias, las cuales usualmente no están procurando de manera constante la reventa de las obras en su poder. De esta forma pasan varias décadas antes de que las obras de mayor valor tengan nuevos dueños y por lo general cuando lo hacen, no es a través de pública subasta o por intermedio de comerciantes profesionales, por lo que el artista no obtiene un porcentaje del precio. Asimismo, cabe indicar que sólo una pequeña parte de los artistas tienen un mercado de reventa, usualmente los cuadros los conserva el que los adquirió y los transmite de generación en generación. Los valores además, salvo raras excepciones, son muy modestos como para incentivar a los artistas.

Un cuadro de poco valor usualmente no tendrá un mercado de reventa, asimismo un cuadro invaluable no será vendido frecuentemente y formará parte de colecciones privadas o museos indefinidamente. Por lo tanto, en los pocos casos en donde opere el *droit de suite*, lo más probable es que el artista ya haya muerto o que tenga una edad avanzada; por lo tanto, será muy tarde para incentivarlo a continuar creando obras, de tal forma que el *droit de suite*, si bien en algunos casos puede representar un incentivo para la creación de obras, no lo será en una gran parte de los casos.

g. Recaudación

Otro aspecto que debe analizarse es el costo que tendrá la recaudación del *droit de suite*. En algunos lugares la recolección ha sido exitosa cuando se maneja a través de sociedades de gestión colectiva y existen casas de subasta especializadas en arte. Por ejemplo, en Francia se reportó que en 1990 se repartieron más de 17 millones de dólares por concepto de *droit de suite*, mientras que en otros países como en el nuestro, la recaudación es prácticamente inexistente. En Alemania, se recolecta el porcentaje con base en el precio de las subastas, pero para las ventas por intermedio de galerías o expertos en arte que no se realicen por ese medio, se recolecta un monto fijo de las ganancias de la galería, distribuyéndolas luego entre los artistas y fondos de previsión social de éstos. La experiencia ha demostrado que las sociedades de gestión colectiva son esenciales para la recaudación del *droit de suite*, pues sólo en aquellos países en los cuales hay sociedades de gestión colectiva eficientes, se han recaudado adecuadamente. En Guatemala, en este momento, no existe una Sociedad de Gestión colectiva que recaude el *droit de suite*.

La eficacia en la recaudación de este derecho depende en gran medida del conocimiento que tenga el artista sobre las ventas que se hagan de sus obras. Es por tal motivo que no se estableció sobre todas las ventas sino únicamente sobre aquellas efectuadas por medio de subastas o por intermedio de profesionales del arte ya que sería muy difícil llevar un control de las ventas celebradas entre particulares. La experiencia en otros países muestra que el problema principal resulta de la falta de información sobre la venta y precio de las obras. En algunos estudios efectuados en los Estados Unidos de América, se ha reportado que muchos comerciantes y galerías se rehusaron a proporcionar los datos de las ventas a los artistas,[19] esto en algunos casos se ha resuelto por medio de un registro público de obras, lo cual representa mayor burocracia, gastos y falta de confidencialidad o se ha resuelto por medio de sanciones penales ante el incumplimiento de proporcionar esta información. Dentro de nuestro sistema puede argumentarse que el ocultamiento de esta información al artista es constitutiva de delito.[20] Esto a su vez transfiere parte del costo de recaudación a la sociedad, a través del funcionamiento del aparato estatal.

Otra desventaja es que muchas de estas ventas no se hacen por escrito, incluso se comenta que existen galerías que no trabajan con artistas que exigen

19 Reddy, Michael B. The Droit de Suite: Why American Fine Artists Should Have the Right to a Resale Royalty, pág. 523.
20 De conformidad con el artículo 274 literal m, la ocultación de esta información puede constituir delito. La literal reza: "La

contratos por escrito. Además, el vendedor tiene poco incentivo para hacerlas públicas. Aunado al hecho que muchos clientes de las galerías, especialmente los que compran obras muy valiosas, prefieren mantener la transacción confidencial.

El éxito en la recolección del *droit de suite*, dependerá en gran parte del interés y tiempo que inviertan para ello los artistas. La acción judicial, por el tiempo y gastos que representa, sólo será ejercitada en aquellos casos en que la suma reclamada lo amerite. La experiencia ha demostrado que esto puede hacerse eficientemente por medio de sociedades de gestión colectiva, las cuales retendrán un porcentaje por su servicio. En todo caso, opinamos que los costos de la recaudación deben ser pagados por sus beneficiarios.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Cualquier derecho a una participación futura en el valor de las obras se verá reflejado en una reducción del precio original de venta. Los artistas cuyas obras aumenten de valor más allá de la reducción original se verán compensados, mientras que aquellos cuyas obras no aumenten más allá de esta reducción se verán perjudicados; tomando en cuenta que la mayoría de obras se deprecia en valor y que son pocas las obras que se aprecian, la mayoría de artistas se verán perjudicado por el *droit de suite*. El artista debe aceptar una reducción presente a cambio de un posible beneficio futuro. En todo caso, de haberlo querido, los artistas podían estipular el *droit de suite*, como una condición de sus contratos libremente pactada de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, el establecimiento del *droit de suite* no ha influenciado de manera perceptible el mercado artístico guatemalteco y su recaudación no ha sido significativa, consideramos que de llevarse a la práctica y recaudarse efectivamente, tomando en cuenta que el porcentaje establecido por nuestra legislación es el más elevado de los países analizados, los efectos en el mercado serían notorios.

El propósito original del *droit de suite*, era compensar la desventaja de los artistas en relación con los autores y compositores. En la realidad, este propósito no se cumple. Al establecer el *droit de suite*, sufrirán los artistas que no tengan mercado de reventa, puesto que los compradores originales estarán dispuestos a pagar menos al principio, si deben compartir con éste parte del precio de la reventa. El *droit de suite* protege, por lo tanto, a los artistas reconocidos y establecidos que tienen mercados de reventa y usualmente una situación económica cómoda, afectando a los jóvenes desconocidos de escasos recursos. Es por ello que el *droit de suite* protege aquellos artistas que menos lo necesitan, a expensas de los que sí lo necesitan. Resulta entonces que el *droit de suite* no es ni un remedio económico ni un incentivo para seguir produciendo.

El *droit de suite*, se encuentra fundamentado en la situación económica de algunos artistas de finales del siglo XIX, la cual no es aplicable a los artistas de la actualidad. Ahora, la venta de la obra no es el único medio por el cual puede un artista obtener ingresos, la tecnología le permite obtener beneficios económicos por medio de varias adaptaciones de ésta.[21] Inclusive, algunos artistas obtienen mayores ingresos de los productos derivados de sus obras que de la venta del soporte material en el cual se encuentra plasmada.

Otro aspecto a considerarse es que según la reciprocidad material que establece el Convenio de Berna, si el derecho no se encuentra establecido por nuestra legislación, se le impide a los artistas guatemaltecos exigir este derecho en caso que sus obras sean vendidas en el extranjero. Por lo tanto, no establecerlo puede imponer un alto costo para algunos artistas.

Debemos tomar en cuenta que el coleccionista que arriesga su capital al adquirir una obra de un artista desconocido sabe que las posibilidades de obtener una ganancia son pocas; si a pesar de esto, está dispuesto a adquirir la obra y promover el desarrollo

realización de cualquier acto que induzca, permita, facilite u oculte una infracción o cualesquiera de los derechos exclusivos correspondientes a los autores, a los titulares de un derecho de autor, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión".

21 Estas adaptaciones incluyen su reproducción, la impresión de la obra en distintos productos como postales, la venta de libros de arte, entre otros.

artístico, no debiéramos de sancionar su previsión. Sobre este punto consideramos que no es equitativo que el artista reciba una parte de las ganancias por el aumento en valor del precio de sus obras ya que no participa en las pérdidas en el caso que la obra se deprecie.

Resulta comprensible que un artista sienta frustración al ver que sus obras se vendan por precios muy superiores a los cuales él los vendió. Sin embargo, ambos han intercambiado voluntariamente una posesión material a cambio de un beneficio inmediato.

"La sapiente naturaleza nos proveyó de dos orejas y una boca, para que así, justamente pudiéremos escuchar el doble de lo que balbuceamos."

Zenón de Citión

NORMA RODRÍGUEZ DE DENGO[1]

Análisis comparativo del positivismo jurídico de Austin, Hans Kelsen y H.L.A. Hart

INTRODUCCIÓN

Desde el tiempo en que la ley era hecha por el señor local o el concejo municipal hasta el emperador y la iglesia universal, Europa sufre un cambio profundo en su sistema jurídico. Al surgir los Estados Nacionales y la centralización del poder político, el Derecho Natural, el Derecho común Europeo y el Derecho Canónico pierden su supremacía frente al poder soberano de los monarcas europeos, ya que la ley es hecha por el Estado nacional centralizado. La soberanía tenía dos faces: excluía cualquier ley de origen externo y también excluía cualquier ley de origen local o consuetudinaria.

El periodo revolucionario francés causó grandes cambios en la estructura social, económica, política y jurídica. Las diferencias sociales y económicas, imperantes en el régimen monárquico, entraron en conflicto con el deseo de igualitarismo que se convirtió en uno de los principios más importantes del movimiento democrático. El descentralismo del gobierno feudal decayó frente a la necesidad de un gobierno centralizado más eficiente –el moderno Estado Nacional–.

Otra modalidad introducida por la ideología de la revolución francesa fue la división del poder político en ejecutivo, legislativo y judicial. La intención de esta división, en parte, fue el quitarle a los jueces la potestad de hacer y aplicar la ley, los únicos que podían hacer leyes era el legislativo y con ciertas restricciones el ejecutivo. El trabajo de los jueces era el de aplicar las leyes promulgadas por el legislativo. La doctrina de *stare decisis*[2] fue rechazada. El papel del juez hoy es mecánico, no es más que el que opera la máquina diseñada y creada por el legislativo.

La codificación, que no es característica única del positivismo jurídico, ya que en algunos Estados no positivistas como California, por ejemplo, y algunos países del Commonwealth hay codificación, en el positivismo jurídico se convierte en una de las piedras angulares de todo el sistema. Lo que hace la diferencia entre la codificación de California y algunos de los países del Commonwealth, no es la codificación en sí, sino la concepción y las funciones que debe desempeñar en el proceso jurídico.

Hay que recordar que cuando Justiniano promulgó el *Corpus Juris Civilis* quiso abolir todas las leyes

---

1 Licenciada en Filosofía, egresada de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Doctora en Derecho egresada de la Universidad Francisco Marroquín. Capacitación Humanística de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Profesora de Filosofía en Educacion Media, egresada de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1975-1980 Catedrática en la Universidad Rafael Landívar de los cursos: Antropología Filosófica y Administración a través del Recurso Humano.1980-1935 Catedrática en la Universisdad del Valle de las materias: Introducción a la Filosofía y Antropología Filosófica. 1977-1992 Catedrática en la Universidad de San Carlos de los cursos: Introducción a la Filosofía, Ética Kantiana, Teoría del Conocimiento, Pensamiento Político y Curso monográfico de Platón, Aristóteles, Descartes, Leibniz, Locke, Hume. 1992 a la fecha Catedrática en la Universidad Francisco Marroquín de los siguientes cursos: Pensamiento Político I y II, Filosofía Social de Hayek y Filosofía de Von Misses, Directora de Formación General de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín y catedrática residente.

2 *Stare decisis*. Doctrina o principio que afirma que las decisiones de los jueces deben convertirse en precedentes que sirvan de guía en los casos que se presenten en el futuro.

anteriores al código. Ciertos elementos del orden jurídico anterior fueron incluidos en el código y fueron preservados porque Justiniano los promulgó. Lo mismo sucedió en Francia. Cualquier principio o ley anterior al código incorporados a éste recibían su validez, no por su existencia previa, sino por su incorporación y restitución en forma codificada.

La codificación francesa se basó en la ideología de la revolución. Lo que llevó a Francia a la abolición de las leyes anteriores fue la ideología del estatismo; del derecho de estado, la centralización legislativa.

El racionalismo extremo de ese período también influyó en la codificación francesa al creer que la historia puede ser borrada por medio de una anulación legal. El racionalismo también está implícito en la hipótesis de que el sistema jurídico anterior puede ser creado y sustituido en su totalidad. Uno de los objetivos de la codificación del positivismo jurídico francés fue que las leyes codificadas se redactaran con claridad y simplicidad para que los ciudadanos las entendieran sin necesidad de asistencia técnica o legal.

Se han señalado algunas de las características que los sistemas jurídicos positivistas tienen en común, pero al analizar diferentes teorías positivistas podemos apreciar que tienen diferencias en sus concepciones. Creemos que con el análisis de la teoría positivista de Austin, Kelsen y Hart tendremos una idea muy clara de tres posiciones positivistas que no coinciden totalmente. Lo que las une bajo el rubro de positivismo jurídico, principalmente, es el hecho que ninguna de ellas le pone límites al poder legislativo (J. JOHN AUSTIN, 1790).

El sujeto apropiado de la jurisprudencia, dice Austin, es el derecho positivo; es decir, la ley establecida o *posita* en una comunidad políticamente independiente por la autoridad explícita o tácita del gobierno soberano. " El objeto de la jurisprudencia es la ley. La ley establecida por las autoridades políticas para los inferiores políticos".[3]

Austin divide las leyes en cuatro clases (correctas o incorrectas) asignándole a cada una la razón por la cual están agrupadas, distinguiendo las unas de las otras; ley divina, las leyes en sentido figurado, la moral positiva y la ley positiva.

Ley hecha por Dios. A toda o parte de ella se le ha denominado "ley de la naturaleza o ley natural". Rechazo este término, dice Austin, como ambiguo y engañoso, por lo tanto, nombro a estas leyes en su totalidad, Ley de Dios.

"Las leyes hechas por hombres para hombres. Primero, de éstas algunas son establecidas por hombres políticamente superiores y que actúan como tales, y a todas ellas las denomino leyes positivas –el objeto propio de la jurisprudencia–. Segundo, las otras son leyes hechas por hombres no políticamente superiores o que actúen como tales. A tales leyes las llamo moral positiva, reglas de moral positiva o reglas morales positivas".[4] Las reglas morales positivas, que son verdaderas leyes, se distinguen de otras leyes por la unión de dos aspectos: 1) No son hechas por hombres como superiores políticos, tampoco son hechas por hombres como personas privadas en la demanda de derechos; 2) No son mandatos directos o indirectos por soberanos en el carácter de soberano político".[5] Entre las reglas de moral positiva incluye las normas hechas por los jueces y afirma que éstas no son leyes positivas en *strictu sensu.*

Para Austin las leyes positivas tienen características específicas que las distinguen tanto de las leyes de Dios como de la moral positiva. Caracteriza a las leyes positivas de la siguiente manera. "La sociedad política tiene el hábito de sumisión u obediencia a un superior común determinado, sea una persona o un grupo de individuos. El soberano no tiene el hábito de obediencia a superior alguno. La persona o personas verdaderamente independientes no son los miembros de la sociedad, sino la porción soberana de la sociedad. Esta obediencia de los miembros políticamente inferiores debe ser de largo plazo. El que ostenta la soberanía sea una persona o varias personas en su colegiada capacidad soberana es incapaz de limitaciones legales. Toda sociedad política debe tener un soberano libre de cualquier restricción legal. El soberano puede abolir una ley a su antojo. Y si la ley no es abolida, el soberano no tiene que

3 John Austin, Lectures on Jurisprudence. Part 1, Definiciónes, pág. 5.
4 John Austin , *Ob. cit.*, págs. 5-6.
5 John Austin , *Ob. cit.*, pág. 63.

verse obligado a obedecerla por medio de sanciones legales".[6] Tampoco puede comprometer a futuros soberanos a obedecer una ley hecha por el presente soberano. La ley constitucional, aunque aceptada por el soberano, no es más que moral positiva. No puede llamarse ilegal si no la obedece. La actitud del soberano puede llamarse inconstitucional pero no ilegal, ya que el soberano, como soberano es independiente de cualquier obligación legal".[7] El soberano (uno o varios) están libres parcial o totalmente de restricciones políticas o legales, pero sus miembros en lo particular están obligados legalmente a obedecer las leyes constitutivas que ellos mismos imponen a los miembros que forman el soberano.[8]

"Todo gobierno supremo está libre de restricciones legales. Todo gobierno supremo es legalmente despótico. La distinción, por lo tanto, no significa que algunos gobiernos están más libres de restricciones que otros; no puede significar a los súbditos del gobierno, que se denominan libres, estar protegidos contra el gobierno por medio de la ley positiva."[9]

"Con respecto al positivismo legal, un gobierno soberano establecido o presente no es ni malo ni bueno, no es justo ni injusto, no es por lo tanto, legal o ilegal. En cualquier sociedad política la ley positiva actual es una criatura del soberano actual. El legislador (no la autoridad que primero hizo la ley) es aquel que por medio de su autoridad la ley continúa teniendo validez".[10]

Aclarado el concepto de soberanía en la teoría jurídico-política de Austin, creemos necesario analizar los conceptos de mandato, obligación y sanción expuestos por él. El mandato respaldado por el poder de causar daño si aquel a quien obliga no obedece y la sanción que acompaña a la desobediencia es el análisis que Austin hace de la estructura formal de la ley. Austin aclara que no todo mandato acompañado por la fuerza de infringir un mal al que no lo obedece tiene carácter de ley, pero toda ley es un mandato.

Si se tiene un deseo personal que un tercero deba cumplir y si el deseo va acompañado por la intimidación o la amenaza de un daño, estamos frente a un mandato. Siendo sujeto de daño el que no obedece, quien está bajo la obligación de obediencia. Mandato y obligación, afirma Austin, son términos correlativos. Donde hay una obligación un mandato está implícito, y siempre que un mandato se da se supone una obligación.

Sanción es el daño que se causa cuando el mandato no es obedecido; por lo tanto, mandato, obediencia y sanción son términos inseparables, cada cual contiene la misma idea que los otros, aunque cada uno denota esa idea en un orden o serie particular.

Austin presenta dos clases de mandatos: la ley propiamente y los mandatos particulares. Los actos o prohibiciones de cierta clase generalmente son leyes. Actos específicamente determinados son mandatos particulares.

Los legisladores determinan una clase o la descripción de actos; prohiben actos de cierta clase general o definidamente y mandan con la misma clase de generalidad el castigo que debe seguir a la transgresión. El mandato del legislador es, por lo tanto, una ley o una regla. El mandato del monarca soberano, aunque no llene los requisitos de deliberación y formalismo del Parlamento, no por eso deja de ser ley. Las leyes y otros mandatos, proceden de un superior a un inferior que tiene la obligación de obedecerlos.

Para Austin el término superior significa fuerza; es el poder de afectar a otros con la amenaza de daño o dolor y de obligarlos, por el miedo a ese daño, de ajustar su conducta a las órdenes del que da el mandato. El término superior, al igual que obligación y sanción están implícitos en el término mandato. Por lo tanto, las leyes que emanan de un superior tienen el mismo significado.[11]

---

6 John Austin, *Ob. cit.*, pág. 105.
7 John Austin, *Ob. cit.*, pág. 109.
8 John Austin, *Ob. cit.*, pag. 5-6.
9 John Austin, *Ob. cit.*, pág. 110.
10 John Austin, *Ob. cit.*,. pág. 141.
11 John Austin, *Ob. cit.*, págs. 13, 15, 16, 17.

COMENTARIOS Y RESULTADOS PRÁCTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DE AUSTIN

El derecho, por su propia naturaleza, es un término medio entre el despotismo; forma de gobierno en la que un hombre o grupo de hombres goza del poder arbitrario e ilimitado sobre los súbditos a los que rige y la anarquía, en la cual se da a todos los miembros de la sociedad un poder ilimitado. El derecho trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. "El derecho, en conjunto, comporta igualdad y no-sujeción, en forma pura es una relación entre iguales, no entre superiores e inferiores. Allí donde el Derecho sanciona o permite la existencia de zonas de poder de individuos o grupos extraordinariamente fuertes, se aparta de su forma perfecta.[12]

Una sociedad en la cual se diera el Derecho en su forma más pura sería una sociedad donde imperaría el Estado de Derecho (*the rule of law*)y no la arbitrariedad de los grupos que ostentan el poder. En un Estado de Derecho el poder de todos los individuos estaría limitado por la observancia de normas generales, incluyendo a los gobernantes.

Al analizar los conceptos fundamentales de la teoría jurídica de Austin, soberanía, mandato bajo amenaza de fuerza, obediencia y sanción, queda en evidencia que el ideal del derecho, como término medio entre la anarquía y el despotismo pierde totalmente su razón de ser.

En el Estado propuesto por Austin no impera un Estado de Derecho, sino más bien un Derecho de Estado, ya que al no estar los gobernantes sujetos a ninguna norma jurídica, la relación entre gobernantes y súbditos se podría calificar como una relación entre amo y esclavos.

La afirmación de Austin que soberano es aquel o aquellas personas superiores políticamente y a quienes sus inferiores políticos tienen el hábito de obedecer, parecería, aparentemente, que éstos obedecen porque reconocen y aceptan la superioridad del soberano. Pero su afirmación de "que toda ley va acompañada de amenaza de la fuerza –y siendo la única fuente del Derecho las decisiones del soberano que no tiene ningún limite jurídico– se puede inferir que la obediencia no es una obediencia voluntaria de parte de los súbditos, sino que obedecen porque se ven obligados a obedecer por el miedo que la amenaza de fuerza significa.

La teoría de la soberanía de Austin le niega a los miembros de la comunidad política todos aquellos derechos que el jusnaturalismo considera como inherentes a la naturaleza humana y que anteceden a la formación del Estado. Únicamente pueden gozar los súbditos de aquellos derechos o libertades que el soberano, arbitrariamente, les quiera otorgar, aunque sin ninguna certeza de su permanencia.

Las consecuencias de esta teoría se han puesto en práctica en los Estados totalitarios del siglo XX. Fue la forma de Derecho imperante en Rusia bajo el sistema comunista, en Italia bajo el fascismo de Mussolini y en Alemania durante el gobierno de Hitler.

HANS KELSEN

Dentro de la escuela del positivismo jurídico, Kelsen es uno de los positivistas que más influencia han tenido durante el desarrollo jurídico del siglo XX. Lo que más caracteriza la obra de Kelsen es el principio de la pureza del método. Considera al Derecho como objeto independiente y, por lo tanto, la disciplina jurídica es una ciencia autónoma y como tal se le debe apartar de toda mezcla con otras ciencias como la sociología, la psicología, la axiología, la política o cualquier clase de ideología.

El objeto de la ciencia jurídica para Kelsen es la norma. Señala la diferencia entre la naturaleza –ciencia descriptiva de fenómenos (de lo que es)–, y el derecho que es un deber ser. Se entiende por naturaleza el mundo del ser en todos los órdenes de la realidad. La Naturaleza está regida por la ley de causalidad, cuya expresión concreta son las leyes naturales; los objetos de la naturaleza que se comportan de hecho de una forma determinada, necesariamente tienen que comportarse así.

12 Max Weber, *Economía y sociedad*, Volumen 1, pág. 532.

El orden normativo ético o jurídico no está regido, como el natural, por el principio de causalidad. La norma está dentro del universo del deber ser. La norma no consiste en que sea observada, sino en que lo que estatuye deber ser. Sólo puede concebirse un deber ser en tanto que se dé la posibilidad de que no acontezca lo que éste exige. Una de las notas esenciales de la norma es que sólo puede tener como contenido una conducta futura.

La ciencia del derecho es una ciencia normativa, su objeto está constituido por normas, partiendo de las cuales se deben derivar sus conceptos jurídicos. Para Kelsen las normas, objeto de la jurisprudencia, son exclusivamente las del derecho positivo.

Siendo la norma jurídica un "deber ser" y no un "ser" no puede estar regida por la ley natural de la causalidad. Por lo tanto Kelsen, en su teoría científica del Derecho, emplea la imputación, que nada tiene que ver con la serie causal ni con procesos teleológicos, para expresar el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto.

Siendo la norma el objeto de la ciencia del Derecho, Kelsen, al estudiar la estructura interna de la misma, encuentra que toda norma está estructurada hipotéticamente, esto significa que se compone de precepto y sanción, siendo el precepto el antecedente y la sanción el consecuente. Ninguna norma escapa a esta estructura de precepto y sanción, aún aquellas normas que no tienen una sanción jurídica como las normas penales, sino que su incumplimiento conlleva la nulidad. Como se verá en el desarrollo de la teoría de H.L.A. Hart, éste al hacer su análisis acerca de este aspecto de la teoría de Kelsen niega que toda norma necesariamente sea hipotética, pues afirma que hay normas que no llevan una sanción, como por ejemplo, el matrimonio, el testamento, etc., sino que el incumplimiento de ciertas formalidades las anulan.

Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* incorpora muchas de las ideas de Austin, pero corrige el concepto de soberanía expuesto por éste e introduce la idea de un presupuesto jurídico que es la norma fundamental. "Un orden jurídico es un sistema de normas cuya unidad está constituida por el hecho que todas tienen la misma razón para su validez; y la razón de la validez de un orden normativo es una norma fundamental de la cual se derivan todas las otras normas de ese orden jurídico.[13]

Para Kelsen toda norma obedece a un acto de voluntad humana. La norma creada por un acto legislativo es la voluntad objetivada del legislador, pero la norma fundamental que da validez a todas las normas de un orden jurídico, no obedece a la voluntad de ningún legislador sino que es un presupuesto jurídico.

LA CONSTITUCIÓN O NORMA FUNDAMENTAL

De acuerdo con Kelsen, la ley regula su propia creación. Esto se hace por medio de una norma que determina el procedimiento por medio del cual otra norma es creada. Kelsen establece en la creación de la norma una jerarquía, pues la validez de una norma depende de la validez de la norma inmediata superior y esta jerarquía se establece entre todas las normas hasta llegar a la norma fundamental que es la constitución. "Tomando en consideración únicamente el orden legal, la Constitución representa el más alto nivel del positivismo jurídico". La Constitución se comprende aquí en su sentido material, es decir, entendemos por Constitución la norma o normas positivas que regulan la creación de las normas jurídicas generales.[14]

Kelsen hace una distinción entre la constitución en sentido material y la constitución en sentido formal. La primera es el documento denominado constitución que puede contener no sólo normas que regulan la creación de las normas generales (legislación) sino normas que regulan otros aspectos políticamente importantes, y regulaciones de cuerdo con las cuales las normas contenidas en este documento pueden ser abolidas o cambiadas, perteneciendo éstas al aspecto formal de la constitución.

"En los órdenes modernos, la creación (reguladas por la constitución material) de normas generales jurídicas tiene el carácter de legislación. Las regulaciones constitucionales de la legislación

13 Kelsen Hans. Pure theory of Law, pag. 31.
14 Kelsen, *Ob.cit.*, pag. 222.

determinan los órganos autorizados para la creación de las normas jurídicas generales."[15] Estas regulaciones representan la constitución formal, y el documento al que se refieren estas regulaciones representa la constitución en sentido material que puede incluir cualquier contenido deseado. Lo que deja a la voluntad de los legisladores el contenido de las leyes, y éstas serán parte del orden jurídico si cumplen con las regulaciones estipuladas en la constitución. "La constitución puede ser creada por la costumbre o por un acto específico de una o varias personas, esto es, por un acto legislativo. En el último caso se formula en un documento y se llama constitución escrita, en oposición con la constitución no escrita formada por la costumbre. ...La constitución material puede estar formada por leyes escritas y leyes no escritas, siempre y cuando las leyes no escritas sean codificadas. Si esta codificación es el acto del órgano autorizado para crear leyes, y por lo tanto, adquieren fuerza vinculante, se convierte en constitución escrita".[16]

En resumen, el orden jurídico, según Kelsen, es un sistema de normas generales e individuales conectadas de tal manera que la creación de cada norma del sistema está determinada por otra, y finalmente por la norma fundamental. Una norma es parte del orden jurídico únicamente porque ha sido creada de acuerdo a la provisión de otra norma de este orden. Esta regresión lleva a la norma fundamental, que no ha sido creada por otra norma, sino que es un presupuesto lógico-jurídico.

La única fuente del Derecho, según Kelsen, es la constitución, y la creación de las normas jurídicas generales la lleva a cabo el organismo legislativo bajo la provisión constitucional. Tomando en cuenta lo anterior se puede entender, con toda claridad, la afirmación kelseniana de que el Estado (la comunidad legal) es el único creador del Derecho.

Si se acepta como premisa mayor la norma fundamental, la Constitución como el conjunto de normas que estipulan los procedimientos que se tienen que cumplir al organizar las instituciones y demás órganos del Estado bajo la división del trabajo, y el análisis que hace Kelsen del objeto de la jurisprudencia; la norma, nos encontramos con una teoría irrebatible desde el punto de vista de la congruencia lógica de toda la obra kelseniana.

Pero como se expondrá más adelante, en el capítulo VI *La Certeza*, la obra de Kelsen al suponer que la única fuente del Derecho es el Estado, que la constitución material puede tener cualquier contenido, que la persona o grupo de personas que ostentan el poder político son las que hacen la constitución, se presta para que los derechos inalienables de los individuos que conforman la sociedad política sean únicamente aquellos que los legisladores que tienen el poder político otorguen, ya que Kelsen con su teoría, pareciera negar que el hombre tiene derechos (la vida, la libertad, la propiedad y el derecho de familia) que anteceden a la formación del Estado.

En oposición a la idea kelseneana de la constitución, aparece la constitución liberal. (Ejemplo de ésta se puede mencionar la constitución de los Estados Unidos de Norte América) que tiene como principio la garantía de las libertades fundamentales de los individuos frente a cualquier arbitrariedad de los gobernantes, limitando, de esta forma, el poder Estatal. Límite que no se da en el concepto constitucional de Kelsen.

H.L.A. HART

En su magnífica obra *The Concept of law*, Hart hace un estudio analítico del Derecho, centrándose, especialmente en: 1. El análisis de la teoría de la ley como "un mandato respaldado por la amenaza de la fuerza de Austin", al que denomina como una teoría simplista, ya que el derecho no se limita simplemente al mandato respaldado por la amenaza de fuerza; 2 El análisis de la norma kelseniana como una relación hipotética de antecedente y consecuente; presupuesto y sanción. Según Hart, Kelsen está en un error, pues en el derecho se encuentran distintas formas de reglas y no todas ellas obedecen a la relación hipotética kelseniana. 3. En lo referente a la pretensión de Kelsen de negar todo juicio de valor respecto de la norma (el único juicio de valor que se puede hacer en derecho, según Kelsen, es el de la validez de la norma) Hart admite que sí existe cierta clase de conexión entre la moral y el derecho, como también admite ciertos aspectos del derecho natural.

15 Kelsen, *Ob. cit.*, pag. 222.
16 Kelsen, *Ob. cit.*, pág. 223.

Para Hart existen tres problemas recurrentes en el derecho que deben ser dilucidados antes de dar una definición del derecho o de dar una respuesta a la pregunta "qué es derecho" o cuál es su naturaleza o su esencia.

La característica más destacada del Derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son optativos sino obligatorios en algún sentido. Sin embargo, Hart encuentra que esta característica aparentemente simple no lo es en realidad, porque dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas. La primera forma es cuando uno se ve obligado a cumplir los deseos de terceros bajo la amenaza de fuerza; la orden del asaltante que obliga a la persona asaltada a entregar las pertenencias a punta de pistola. "A algunos les ha parecido claro que esta situación en que una persona da a otra una orden respaldada por amenazas, y, en este sentido de 'obligar', la obliga a cumplir, muestra la esencia del derecho, o, por los menos 'la clave de la ciencia de la jurisprudencia'. Este es el punto de partida de la teoría de Austin que tanto ha influido en la teoría jurídica inglesa."[17]

El derecho penal, sin duda, se asemeja a la orden respaldada por amenaza. Una ley penal que declara que cierta conducta es delito, y especifica la pena para el transgresor, puede, dice Hart, asemejarse a la situación del asaltante pero en escala mayor; y podemos pensar que la única diferencia es relativamente pequeña, a saber, que en el caso de las leyes, las órdenes están dirigidas, por lo común, a un grupo que habitualmente las obedece. Pero por atractiva que pueda parecer esta reducción de los complejos fenómenos del Derecho a este elemento simple, se ha visto, cuando se la examina más de cerca, que constituye una deformación y una fuente de confusión aun en el caso de la ley penal. ¿En qué se diferencia, dice, el derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por sanciones y cómo están relacionadas? Este ha sido, en todo tiempo, un problema cardinal, latente en la pregunta ¿qué es derecho?

El segundo problema surge de una segunda manera en que la conducta puede ser no optativa sino obligatoria. Las reglas morales también imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le place. Así como un sistema jurídico contiene elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, así, en forma igualmente obvia contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral. "No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino los ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del derecho y la moral. Además, dice, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes. Hablamos de justicia de acuerdo con el Derecho, y también de la justicia o injusticia de las normas del derecho."

El hecho de que el sistema jurídico contenga elementos estrechamente conectados con la moral señalados en el párrafo anterior ha sido, afirma Hart, la razón para que teorías como la Escolástica del derecho natural y ciertas teorías jurídicas contemporáneas encuentren la moral y la justicia como la esencia del derecho. Y ha servido de base para que ciertas teorías contemporáneas critiquen al positivismo jurídico heredado de Austin. Expresiones como la sostenida por St. Tomás "una ley injusta no es ley" y otras tales como "las leyes no son derecho" "el derecho constitucional no es derecho" encuentra Hart que "suenan no tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad". Estas teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos.

El tercer problema principal que en forma perenne incita a preguntar ¿qué es Derecho? Es más general, y se refiere a la noción que tanto los que ven el Derecho como órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que lo ven en relación con la moral o la justicia, hablan del Derecho como algo que está compuesto por reglas.

17 Hart, El concepto del derecho, pág. 8.

DIVERSIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Hart presenta una serie de objeciones al "modelo simple" de órdenes coercitivas de Austin, pues afirma que es patente que no todas ordenan hacer o no hacer algo. "No es engañarse clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieran potestades a funcionarios, por ejemplo la de resolver litigios a un juez, o la de dictar reglamento a un ministro, etc.".[18]

Otro de los aspectos en que Hart no está de acuerdo con la teoría kelseniana y la "teoría simple de Austin es en su aceptación de que no todas las normas jurídicas son legisladas, ni todas son la expresión del deseo o voluntad de alguien".[19]

Hart divide sus objeciones al sistema de Austin en tres grupos: 1) al contenido de las normas jurídicas; 2) a su origen y 3) a su ámbito de aplicación. Afirma que los sistemas jurídicos, sin excepción, parecen incluir normas que en relación con uno o más de estos tres aspectos difieren del modelo de órdenes generales de Austin.

La ley penal, dice, sí tiene una gran analogía con las órdenes generales hipotéticas de Kelsen y el modelo simple de Austin, ya que sí existe una violación de un deber, generalmente es castigado con una sanción. Lo mismo sucede con la responsabilidad cuyo objetivo principal es resarcir a los individuos de daños sufridos como consecuencia de la conducta no intencional de otros. Existen, dice, importantes clases de normas jurídicas respecto a las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, ya que cumplen con una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados. Estas reglas acuerdan a las particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. Si no cumplimos con estos procedimientos, el testamento, el contrato, el matrimonio será un acto nulo, sin fuerza o efecto jurídico. Pero aunque sea un acto nulo, nuestra falta de cumplimiento, dice, con la cláusula legal no es una "infracción" o una "violación" de ninguna obligación o deber, ni un delito, y sería un factor de confusión concebirla en tales términos.[20] Termina diciendo que mientras las reglas semejantes al derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellos".[21]

Hart considera que tanto la teoría de Austin (órdenes respaldadas por amenazas) como la de Kelsen (supuesto y sanción, y la sanción como regla primaria) son teorías extremas y que se prestan a confusión, pues encuentra que las reglas que imponen deberes y las que otorgan potestades no se pueden tratar como reglas iguales. Su argumento se basa en el hecho de que desde el punto de vista lógico "podemos distinguir claramente la regla que prohibe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, suponer que la primera cxiste sin la segunda. Pero no hay la posibilidad lógica de hacer la distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones y la llamada sanción de nulidad".[22]

Otro argumento que rebate Hart, en este aspecto, es la teoría que en lugar de demostrar que estas reglas son una especie de órdenes coercitivas les niega el status de derecho. Esta forma extrema de concebir el Derecho sostenida por Kelsen, que afirma "el derecho la forma primaria que establece la sanción, no hay norma jurídica que prohiba el homicidio; sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometen homicidio".[23]

El comentario que Hart hace a la teoría kelseniana es que lo que ordinariamente es concebido como el

18 Hart, *Ob. cit.*, pág. 33.
19 Hart, *Ob. cit.*, pág. 33.
20 Hart, *Ob. cit.*, pág. 36.
21 Hart, *Ob. cit.*, pág. 42.
22 Hart, *Ob. cit.*, pág. 44.
23 Kelsen, General Theory of Lasw and State, pág. 63.

contenido del Derecho, destinado a guiar la conducta de los ciudadanos ordinarios, no es más que el antecedente de una "cláusula condicionante" de una regla que no está dirigida a ellos, sino a los funcionarios, a quienes ordena aplicar ciertas sanciones si se han dado determinadas condiciones. Estas teorías, según Hart, además de causar confusión deforman el Derecho. El Derecho es una de las técnicas de control de la sociedad y las normas jurídicas especifican ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo. Se espera que los miembros de la sociedad, sin intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables, y adecúen su comportamiento a las mismas. "La idea de que las reglas sustantivas del Derecho penal tienen como función (y, en sentido amplio, como significado) guiar no sólo a los órganos que aplican un sistema de penas, sino también a los ciudadanos ordinarios en las actividades de la vida no oficial, no puede ser eliminada sin arrojar por la borda distinciones cardinales y sin oscurecer el carácter específico del derecho como medio de control social."[24]

Hart considera que todo sistema jurídico está constituido por dos clases de reglas que denomina reglas primarias de obligación y reglas secundarias que se elaboran sobre las primarias.[25] Las reglas primarias, que se encuentran desde las sociedades primitivas pre-jurídicas hasta las sociedades con un sistema jurídico, son las reglas que Hayek denomina "reglas de correcto comportamiento", que son imprescindibles para la convivencia pacífica de cualquier grupo, cuyas actividades se interrelacionan. Estas normas no son creadas deliberadamente sino surgen a la hora de resolver los conflictos de intereses entre los miembros del grupo. Estas reglas primarias crean obligaciones, pues prescriben que los individuos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas secundarias se basan en las primarias o básicas, porque establecen que los seres humanos pueden, haciendo o adecuando ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas.

Un sistema jurídico no puede funcionar únicamente basado en reglas primarias ya que son necesarias las segundas. Las reglas primarias no forman un sistema; 1) carecen de certeza, pues no existe ni autoridad ni texto autorizado que resuelva las dudas que pueden surgir respecto a la obligación de respetar dichas normas; 2) no hay forma de adaptar las reglas deliberadamente para adecuarlas a las circunstancias cambiantes, ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacerlas cumplir, no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. Por todas estas deficiencias de las reglas primarias de obligación es necesario complementarlas con otro tipo de reglas; reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

Para resolver el problema de la falta de certeza de las reglas primarias es necesario, dice Hart, la existencia de una regla diferente que denomina regla de reconocimiento. "Donde quiera que se reconozca tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterio con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden asumir una o más formas; entre ellas se encuentra un texto revestido de autoridad –una sanción legislativa– la práctica consuetudinaria; las declaraciones generales de personas especificadas; o decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares. En un sistema jurídico moderno donde hay variedad de "fuentes" de Derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el Derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas".[26] Hart afirma que es importante distinguir esta subordinación relativa de un criterio a otro y la derivación, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se

24 Hart, *Ob. cit.*, pág. 49.

25 Hart da al término "reglas primarias y secundarias" una connotación diferente a la kelseniana, ya que dentro del sistema de Hart estas reglas no tienen nada que ver con el precedente y sanción descritos por Kelsen.

26 Hart, *Ob. cit.*, pág. 126.

ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo derecho es "esencialmente" o "realmente" el producto de la legislación. Por ejemplo, la costumbre y el precedente, en el sistema anglosajón no deben su status de Derecho a un ejercicio tácito de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente, aunque subordinado.

Otro aspecto importante de la regla de reconocimiento respecto de la subordinación, que señala Hart (en oposición de la teoría de Kelsen)[27] es que la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema, es en un sentido importante, una regla última; y cuando como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativos, uno de ellos es supremo. En la teoría de Hart el término supremo no implica, como ya se señaló en la teoría de Kelsen, una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada. "Es obvio que las nociones de un criterio superior y un criterio supremo se refieren simplemente a un lugar relativo en una escala, y no importan ninguna noción de potestad legislativa jurídicamente 'ilimitada'.[28]

El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en lo que Hart llama "reglas de cambio". Esta regla faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y a dejar sin efecto reglas anteriores. "...Es en término de tal regla, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenaza, que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa."[29]

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Estas reglas son las reglas de adjudicación.

Otro aspecto de la teoría de Hart que es necesario analizar para el desarrollo de este trabajo son algunos aspectos importantes de lo que denomina "textura abierta" del Derecho. Hart admite que aunque las reglas deben ser generales, a la hora de aplicar la norma a casos particulares la regla general no puede ser tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. "Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósito. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".[30]

Basándose en su teoría de "textura abierta" del derecho, Hart, corrige de nuevo el formalismo jurídico kelseniano y el conceptualismo que consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. "Hacer esto, dice, es asegurar un grado de certeza o predicibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. ...Este proceso se consuma en "el paraíso de los conceptos" de los juristas. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos periodos, se sacrifique

27 Según Kelsen en todo sistema de derecho, aunque se oculte tras las formas jurídicas, tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada.
28 Hart, *Ob. cit.*, pág. 132.
29 Hart, *Ob. cit.*, pág. 119.
30 Hart, *Ob. cit.*, pág. 161.

demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales".[31]

Creemos que el análisis que hemos elaborado de la teoría jurídica de Hart demuestra que aunque Hart esté enmarcado, generalmente, dentro del positivismo jurídico, señala muchos de los conceptos simplistas y formalistas que tanto Austin como Kelsen acusan en sus respectivas teorías. En Hart encontramos una concepción del derecho mucho más analítica, amplia y comprensiva que la de sus predecesores. Dentro de los significativos aportes que hace a la teoría jurídica, encontramos los siguientes como los más valiosos: 1. el derecho no es, exclusivamente, el cumplimiento de normas creadas por la voluntad objetivada del legislador, sino que está compuesto por reglas en cuya composición entran una serie de elementos que rebasan la voluntad objetivada. 2. La negación del poder jurídicamente ilimitado del Estado.[32] 3. Su concepción de la teoría de la "textura abierta" del derecho. 4. El reconocimiento de que el derecho está formado por reglas primarias y reglas secundarias de reconocimiento.

"El éxito no se logra sólo con cualidades especiales.
Es sobre todo un trabajo de constancia,
de método y de organización."

J.P. Sergent

31 Hart, *Ob. cit.*, pág. 163.
32 Sostenida por Austin y Kelsen en su teoría del soberano como única fuente de derecho (el Estado).

CARLOS ENRIQUE ESTRADA ARIZPE[1]

La tipicidad: tipicidad y tipo, tipo y antijuricidad, tipo y adecuación social, estructura y composición de los tipos

Podríamos decir, que dentro de los distintos comportamientos del ser humano, hay un tipo de comportamiento delictivo, comportamiento que puede darse por acción u omisión y que infringe obviamente el ordenamiento jurídico en la forma prevista en los códigos penales, atribuyéndosele dicho comportamiento a su autor. De lo indicado anteriormente podemos establecer que hemos señalado la antijuricidad, la tipicidad y la culpabilidad. En el presente trabajo desarrollaré únicamente la tipicidad y en futuros artículos, las dos categorías restantes.

A. TIPICIDAD Y TIPO

La mayoría de estudiosos del derecho penal, consideran que de estas tres categorías, la antijuricidad, la tipicidad y la culpabilidad, la más importante es la tipicidad. Ahora bien por tipicidad entendemos que es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.[2] Es importante señalar que ninguna conducta humana por antijurídica y culpable que nos parezca, puede llegar a la categoría de delito si la misma no está regulada en una legislación penal.

En la legislación guatemalteca está regulado en la relación de causalidad, de la siguiente manera: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlo, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.[3]

También regula el principio de legalidad, así: Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.[4]

En sentido estricto, la tipicidad sería un elemento esencial del delito, la descripción hecha por el legislador. La tipicidad tiene una función primordial, particularmente porque concierne a la faz descriptiva del delito, y esta descripción solamente puede efectuarla el legislador. El juez debe indagar, por su parte, si la acción del sujeto encuadra dentro de algún tipo legalmente descrito en la parte especial del Código o ley especial, si no halla una perfecta adecuación, no puede sancionar. Por eso se dice que la importancia de la tipicidad estriba en que es la piedra angular del derecho penal liberal, ya que no hay delito sin tipicidad.

Dentro de la relación de los seres humanos hay distintos comportamientos, de todos los comportamientos antijurídicos que existen, el legislador toma solo algunos, los que considera los más graves y amenaza con una pena, para él que realice dichos comportamientos. La diversidad de formas de

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín.
2 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, pág. 281.
3 Código Penal Guatemalteco, Parte General, Artículo 10.
4 Código Penal Guatemalteco, Parte General, Artículo 1ro.

aparición que adoptan los comportamientos delictivos imponen la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo.[5] De lo indicado anteriormente se establece qué *tipo* es la descripción de la figura delictiva que hace el legislador en una norma penal y, *tipicidad* es el actuar humano en la realización de una figura delictiva previamente estipulada en la ley.

Los hechos cometidos por el hombre, para que se puedan sancionar con una pena, deben estar descritos en la ley. Esta descripción legal, desprovista de carácter valorativo, constituye la tipicidad; de este modo, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. El precepto legal trata de resumir una conducta humana, describiendo, mediante una fórmula dada, un hacer u omitir que constituye objetivamente un delito.

Llegar a esta concepción no fue fácil, sino producto de una paciente elaboración doctrinaria, particularmente por obra de la dogmática alemana.

Adelanta Mezger un criterio más aventurado, considerando que la tipicidad, más que indicio, es la verdadera razón de la antijuricidad, pero es Beling quien da el fundamento de la misma. La conducta culpable antijurídica sólo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal y en la extensión que ellas determinan. Éstas influyen de tal suerte en la definición del delito, que sólo los tipos de conducta por ellas captados son objeto de penalidad y cada conducta en tal sentido típico, sólo es punible en adecuación precisamente a aquella pena abstracta que va unida al tipo de que se trata. La tipicidad es una característica esencial del delito. Como ya se indicó con anterioridad, toda conducta que no pueda incluirse en los tipos legalmente acuñados, aunque sea antijurídica y culpable, constituye lo atípico, esto es, conducta no punible.[6]

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico guatemalteco por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad, como son los siguientes:

1) *Nullum crimen sine lege.* No hay delito sin ley.
2) *Nullum crimen sine tipo.* No hay delito sin tipo.
3) *Nulla poena sine tipo.* No hay pena sin tipo.
4) *Nulla poena sine crimen.* No hay pena sin delito.
5) *Nulla poena sine lege.* No hay pena sin ley.

La Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se le pudiera imputar.

B. TIPO Y ANTIJURICIDAD: TIPO DE INJUSTO

La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.[7]

De lo indicado en el párrafo anterior deducimos que antijuricidad es todo lo contrario a derecho. En la definición jurídica del delito, la antijuricidad es uno de sus elementos constitutivos más importantes. Es independiente de la acción y de la culpabilidad y su esencia reside en la responsabilidad penal, y presupone, como toda responsabilidad jurídica, que el hecho que genera el delito contravenga al derecho.

Es importante tener presente que no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, también es importante tener en cuenta que la tipicidad de un comportamiento no implica la antijuricidad del mismo, sino simplemente un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico. De lo anteriormente señalado se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría general del delito.

La identificación entre tipo y antijuricidad conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo.[8]

5 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, pág. 282.
6 Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, pág. 882.
7 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, pág. 40.
8 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, pág. 41.

No podemos negar la unión que se da entre tipo y antijuricidad, ahora bien en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamente positivamente su antijuricidad.

Para concluir el profesor Jiménez de Asúa define al tipo de injusto como la conducta antijurídica de ésta o aquella especie. Para el intérprete una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.[9]

El tipo es por tanto una figura totalmente normativa, un "inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser". Pero de ello se derivaba que de modo genial ya no era posible seguir aferrándose al carácter no valorativo del tipo. Así declaraba Mezger en 1926. "el acto de creación legislativa del tipo... contiene directamente la declaración de antijuricidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente tipificado. El legislador crea al formar el tipo la antijuricidad específica: la tipicidad de la acción no es en manera alguna mera ratio cognoscendi, sino auténtica ratio essendi de la (especial), Antijuricidad; convierte a la acción en acción antijurídica, aunque es cierto que no por sí sola, sino sólo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto..." Esta teoría del tipo como un juicio provisional de injusto, que experimentó un impulso decisivo por parte del "pensamiento referido al valor" de neokantismo, sigue siendo aún dominante en la ciencia actual. Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad del tipo ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si realmente puede mantenerse la concepción del tipo como una categoría sistemática autónoma frente a la antijuricidad, cuestión que precisa un tratamiento aparte.[10]

C. TIPO Y ADECUACIÓN SOCIAL

Dentro del tipo hay que tomar en cuenta el ámbito social donde la norma tomará vida. Cuando el legislador hace la descripción legal de un delito, no puede dejar de tomar en cuenta lo social, de ahí que se hace necesario una adecuación social al tipo, ya que de lo contrario se estaría legislando sin tomar en cuenta las raíces e idiosincrasia de un pueblo y esa norma no reflejaría la realidad social del lugar donde se aplicaría la misma. De ahí que hay ciertos comportamientos humanos, que no pueden ser considerados como típicos, mucho menos antijurídicos. Yo diría que este debería ser el norte que debe guiar al legislador, para que las normas fueran aceptadas por un grupo social, respetando sus costumbres y creencias.

Sin embargo, se confunden con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. Ciertamente, lo que es adecuado socialmente, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser generalmente típicos, es decir penalmente relevantes. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar inclusive a la derogación del hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero, en tanto esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. Lo que la adecuación puede ser, es un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero esta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dado sobre todo su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo.[11]

D. ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL TIPO

Esto no es más que la redacción del texto, el cual debe ser claro y preciso, con el objeto de que la gran mayoría de la población pueda entenderlo y en consecuencia respetarlo.

Se recomienda para su elaboración ser parco en la utilización de elementos normativos y emplear sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo. También debe evitarse el casuismo en la descripción de las conductas prohibidas.

9 Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, pág. 162.
10 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, pág. 282.
11 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, pág. 44.

Al legislador muchas veces le resulta imposible regular en un solo tipo, las diversas formas de aparición de un mismo delito. Esto se da cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas personales que atenúan o agravan el mismo y se ha creído conveniente crear otros tipo derivados del tipo básico, creando unos tipos cualificados cuando se agrava el tipo básico y cuando se atenúa se dan los llamados tipo privilegiados. Ahora bien, cuando al tipo derivado se le añaden características y peculiaridades que lo distinguen del tipo básico, aparece lo que se conoce en doctrina como un tipo autónomo distinto.

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Es imposible delimitar a priori todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Los intentos de elaborar una parte general de la parte especial en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos son inútiles y de antemano destinados al fracaso. Es imposible reducir a un denominador común las diversas características de los tipos delictivos. En este momento, lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que plantean aquellos elementos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, acción y bien jurídico.[12]

Por sujeto activo entendemos que es el agente o autor de un delito, es la persona natural o física, el individuo, que comete el hecho vedado por la ley y sancionado con una pena. Se le denomina también con los nombres de procesado, sindicado, reo, inculpado, justiciable, etc.[13]

Como complemento podríamos señalar que en algunas oportunidades la misma ley exige determinadas cualidades para poder ser sujeto activo, entonces estamos frente a los llamados delitos especiales, en los cuales el sujeto activo debe tener las cualidades exigidas por el tipo, éstas pueden ser en sentido estricto o en sentido amplio, según fuere el caso.

Por acción entendemos que es el llamado elemento objetivo del delito en la sistemática tradicional. Como muy bien lo indica el conocido aforismo *nullum crimen sine actio*, no es posible, pese a recientes tentativas fallidas, concebir siquiera el delito sin un comportamiento humano, que es precisamente el hecho sobre el cual se vierte la calificación normativa. Los simples pensamientos, la pura ideación delictiva sin trascendencia en el mundo exterior, no pueden constituir acción: *cogitationis poena nemo patitur*. Pero el término acción resulta inadecuado en la terminología jurídico-penal, por cuanto constituye uno de los aspectos de la conducta humana. Por eso es más correcto hablar de conducta humana o comportamiento.

Pero no cualquier comportamiento, sino el que normalmente produce un resultado, es el que la ley penal toma en cuenta. Ese efecto debe ser una consecuencia de la conducta y se denomina evento o resultado. Y entre el evento o resultado, cuando se presenta, y la conducta humana, debe existir una íntima vinculación mediante la relación de causalidad. El estudio, pues, del elemento objetivo comprende la conducta o comportamiento, el nexo causal y el resultado.

El concepto de acción ha venido evolucionando paulatinamente, y en la actualidad se debate ardorosamente en torno a la teoría de la acción finalista, que implica una seria innovación en el Derecho penal. La primera concepción, atribuible a Von Liszt, considera el acto como una realidad puramente física del ser humano: "acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediente de un cambio en el mundo externo". Y para destacar el carácter puramente físico causal de la acción, el mismo autor afirma: "La volición que caracteriza la manifestación de voluntad, y por consiguiente, el acto, significa, simplemente en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad. Se le puede definir físicamente como inervación y se le puede concebir sicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas. Tanto en uno como en otro caso debe

12 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, pág. 46.
13 Quinceno Álvarez, Fernando, *Diccionario Conceptual de Derecho Penal*, pág. 640.

separarse totalmente la manifestación de voluntad del resultado exterior causado por ella. Por consiguiente, hablar de una volición del resultado sólo puede conducir a errores".

Lo que importa pues, en esta concepción ya superada, es el aspecto causal del comportamiento humano, sin que la relación pueda vincularse siquiera desde el punto de vista psicológico con el objetivo que se pretende realizar. Conceptúa Bettiol: "La acción humana se distingue de cualquier otro coeficiente causal precisamente porque ella no es un coeficiente 'ciego' sino un factor causal 'inteligente' que, a pesar de colocarse entre los demás factores causales, sabe dominarse y dirigirse en vista del fin que el agente intenta realizar. Es en el mundo de los valores que la acción encuadra. Los criterios necesarios para individualizar el concepto de acción son criterios tomados de la realidad social, y no de la realidad naturalística mecánicamente entendida. En este mundo social la acción ya no se concibe como movimiento muscular voluntario, equivalente a posición de causa, no se reduce al esquema de una causalidad mecánica, no puede seccionarse en dos elementos contrapuestos a menudo, sin posibilidad alguna de armonía, sino que es un concepto que debe ser examinado con base en criterios de valor, que no permiten prescindir de un elemento finalista: sólo quien logra poner fines conscientes cumple una acción en el verdadero sentido de la palabra" (Estrada Vélez).[14]

Por bien jurídico entendemos que la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva la categoría de delito, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento. Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este no es otra cosa que el valor al que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador sólo utilice el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. Pero esto es un desideratum que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente.[15]

El bien jurídico recobra en parte su carácter con Welzel. Este autor nuevamente coloca el bien jurídico en la vida, como Von Liszt. Para él es un "estado social", luego no tiene una naturaleza jurídico positiva, sino sociopolítica. Pero lo deja como una abstracción nuevamente en cuanto lo mediatiza, pues para Welzel, lo primero que interesa al derecho son los valores de acto (los valores de conciencia, de carácter ético social) y sólo mediante ellos se incluye a los bienes jurídicos.

La norma jurídica surge entonces en virtud de esos valores de acto que tiene que proteger y sólo mediatamente de los bienes jurídicos. Pero en todo caso, con Welzel se inicia una imperante literatura sobre el bien jurídico.

Las dos últimas grandes monografías sobre el tema en Alemania continúan la dirección iniciada por Von Liszt; es el caso de Arnmelung y de Hassemer. Pero para el primero, si bien los bienes jurídicos surgen de la vida social, son de carácter funcional al sistema, es decir cualquier cosa puede adquirir el carácter de bien jurídico, con lo cual el concepto pierde toda significación, pues según ello no puede implicar límite alguno.

Para el segundo, en cambio, los bienes jurídicos tienen que considerarse desde un punto de vista político criminal general, pero con ello regresa en gran medida a los límites ya planteados anteriormente en relación con el criterio de necesidad de la intervención, con lo cual nuevamente el bien jurídico como tal, pierde su significación propia. En todo caso, ambos autores tienen el mérito de haber reiniciado con gran profundidad el camino señalado por Von Liszt.

14 Quinceno Álvarez, Fernando, *Diccionario Conceptual de Derecho Penal*, pág. 17.
15 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, pág. 48.

Estimamos, que una conceptualización del bien jurídico ha de partir del punto en que la dejara Von Liszt, es decir, no de un planteamiento abstracto, sino concreto; no desde un punto de vista funcional o bien conformista con el sistema, sino de constante revisión crítica, con el fin de una mayor garantía para el ciudadano.

En tal medida hay que partir del hombre como ser social, pero evitando determinar esta sociabilidad mediante abstracciones como las de ser igual y libre, sino justamente destacando el aspecto relacionado de la actividad del hombre. Por eso se define el bien jurídico como una fórmula normativa sintética concreta de una relación social dinámica determinada. Ello implica entonces que el bien jurídico tiene como base la posición que ocupan los individuos en una relación determinada –concretamente históricamente–, la intermediación que se da entre ellos –además los objetos y otros entes en el medio social– y la interacción social que opera entre esos sujetos y entes. Pero además, por ser una fórmula normativa sintética, quiere decir que sobre esa relación opera la ideología y en especial la ideología jurídica, seleccionando, trasformando y sintetizando los elementos básicos de esa relación.

Por lo que muchas veces lo que aparece en primer plano sólo es la fórmula sintetizadora de carácter normativo, que vela totalmente el contenido real del bien jurídico: así es, por ejemplo, el caso de la "honestidad" o "pudor" respecto de la libertad sexual. Por otra parte, a menudo el bien jurídico es producto de posiciones de sometimiento, de total falta de igualdad y libertad en la comunicación entre los sujetos, actuando entonces como factor criminógeno, es decir, en contra de la liberación de los sujetos, caso por ejemplo de lo que sucedía con el delito de adulterio.

Lo injusto, y con ello el delito, giran entonces en torno al bien jurídico, y éste surge fundamentalmente como un principio garantizador de carácter cognoscitivo. Esto es, la sociedad toda y cada sujeto en particular ha de saber qué está protegiendo en cada caso el Estado, para así poder estar en posibilidad de hacer una revisión crítica del por qué de tal protección.

Pero además, el bien jurídico cumple una doble función dogmática o sistematizadora dentro de la teoría del injusto. Por una parte, precisa qué conductas concretas son relevantes dentro de la realidad social y, por otra, determina cuáles son aquellas conductas que le producen una afección real. El bien jurídico surge así como un límite material claro a la actividad del Estado. Este sólo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado. (Bustos Ramírez).[16]

De lo indicado anteriormente, se puede establecer que todo tipo de delito pone en peligro o lesiona un bien jurídico. La cualidad de bien jurídico es, algo que crea la ley y no algo precxistente a ella misma, de ahí la importancia que el legislador no abuse de ello y sólo proteja aquellos bienes jurídicos que verdaderamente deben ser protegidos. De ahí, como dice el profesor Muñoz Conde, "la necesidad de tener presente siempre un actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente".

Por último tenemos que tener presente que el titular del bien jurídico es el *sujeto pasivo,* aunque no siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto pasivo de la acción típica. También hay que tener presente, que en la mayoría de los delitos comunitarios el sujeto pasivo aparece de una manera no muy clara.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amuchategui, Requena Griselda, *Derecho Penal.* Segunda Edición Oxford.

2. Bacigalupo, Enrique, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989; *Manual de Derecho Penal.*

3. Bustos Ramírez, Juan, Editorial Temis, Temis S. A. Bogotá Colombia, 1986, *Introducción al Derecho Penal.*

16 Quinceno Alvarez, Fernando, *Diccionario Conceptual de Derecho Penal*, pág. 72.

4. Carrara. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temir Bogotá, Colombia, 1977.

5. Calón, Cuello, *Derecho Penal I, Parte General,* Volúmenes I y II, Bosch, Barcelona, España, 1972.

6. Código Penal Guatemalteco, Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

7. Constitución Política de la República de Guatemala.

8. De León Velasco, Héctor Aníbal; De Mata Vela, José Francisco, Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Corregido y actualizado. Guatemala, 2000.

9. Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología,* Tercera Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993.

10. Hurtado Aguilar, Hernán, *Derecho Penal Comendiado.* Guatemala, C. A. 1974.

11. Monzón Paz, Guillermo Alfonso, *Introducción al Derecho Penal Guatemalteco, Parte Especial,* Guatemala, 1980.

12. Muñoz Conde, Francisco, Editorial Temis Bogotá Colombia, 1990, *Teoría General del Delito.*

13. Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General,* Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.

14. Quinceno Álvarez, Fernando, *Diccionario Conceptual de Derecho Penal,* Primera Edición 1977, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito.

15. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988; *Manual de Derecho Penal.*

"La ciencia se compone de errores que,
a su vez, son los pasos hacia la verdad."

Julio Verne

POR HUGO A. ALSINA LAGOS[1]

Breves notas complementarias sobre el levantamiento del velo corporativo en el derecho marítimo: Responsabilidad civil por derrames de combustibles[2]

I. INTRODUCCIÓN

Durante la preparación del Seminario se tuvo acceso a las ponencias elaboradas por los distinguidos colegas catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín y se intercambiaron otros materiales bibliográficos e informáticos sobre el tema de la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Ellos enriquecieron las Breves Notas Preparatorias elaboradas para la ocasión desde el ángulo del Derecho Marítimo y es posible que esto se haya podido notar en la presentación formal de este tema. La afinación de algunas ideas que resultaron de allí hace conveniente la presentación de estas nuevas Breves Notas, esta vez complementarias de las primeras y adminiculadas en un texto anexo a aquéllas.

II. BREVES NOTAS COMPLEMENTARIAS

Tales ideas son aún más breves que las notas preparatorias. Esto se hace, especialmente, a la luz de que en el texto preliminar se dejaron más reflexiones que conclusiones y que es preciso avanzar en la delimitación de nociones cada vez más firmes, que permitan el progreso en el conocimiento.

Para este fin se ventilarán primero algunos argumentos que apuntan a que la doctrina del levantamiento del velo corporativo no tendría mayor cabida en materia de derrame de combustibles en general, y en caso del B/T PRESTIGE en particular; a continuación, se apreciarán algunos casos de Derecho Marítimo en los cuales parecería proceder esta doctrina; finalmente, se formularán algunas conclusiones.

1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DOCTRINA

La literatura especializada en la materia del levantamiento del velo parece coincidir en un buen sector al apreciar circunstancias que permitirían su aplicación: Según esta apreciación, debe exigirse la concurrencia de, al menos, los siguientes extremos:

1.1 Perjuicio a terceros;

1.2 Intención de fraude; y

1.3 Violación de normas legales o contractuales.

No es el caso entrar a elaborar respecto de ellos y la forma como definirlos. Baste decir que se trata de conceptos que contienen elementos de apreciación importantes y que, por ello, hay que aproximárseles con toda cautela.

2. IMPROCEDENCIA DE LA DOCTRINA

Ahora bien, en términos generales y con vista en lo anterior, se encuentra difícil que pueda proceder el

1 Abogado; práctica internacional en Derecho Marítimo y de la Pesca; Post-Grado en Derecho Marítimo, ex Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante (Venezuela), Catedrático Titular en las Universidades Rafael Landívar y Francisco Marroquín (Guatemala).

2 Segunda Parte del artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Número 22, diciembre de 2.003, páginas 36 a 45.

levantamiento del velo corporativo en casos de derrames de combustibles. Se pueden formular varias razones:

2.1 El Derecho Marítimo ha construido todo un sistema de tratados internacionales para la prevención de estos acaecimientos dañosos;

2.2 En caso de ocurrir, a pesar de las previsiones, un derrame de hidrocarburos, los armadores e intereses de la carga puedan limitar su responsabilidad civil por los daños que ocasione el hecho, acudiendo a los arreglos públicos y privados (que existieron en su día) constituidos al efecto, completamente ajustados a Derecho;

2.3 El hecho del derrame propiamente tal reviste ciertos elementos que conviene repasar y que no corresponden necesariamente con los requisitos mencionados *supra*:

2.3.1 El perjuicio se podría apreciar con relativa facilidad. No ocurre otro tanto con los demás elementos;

2.3.2 El derrame es, por lo general, un caso fortuito o de fuerza mayor, no querido por el capitán ni por el armador, imprevisible e inevitable. Es poco probable la existencia de dolo, aunque no es imposible; podría haber culpa en determinados supuestos, pero la mayoría de las veces se trata de casos de responsabilidad objetiva. No puede apreciarse el elemento malicioso en esta situación con tanta facilidad;

2.3.3 Podría haber casos en los cuales un buque registrado en alguno de los llamados "pabellones de conveniencia" no esté al día en sus inspecciones ni en perfecto estado de navegabilidad física ni documental. Con ello podría estar en violación de normas nacionales, internacionales o contractuales (*e.g.*, si hubiera un contrato de transporte o de fletamento con el dueño de la carga o con un operador distinto del propietario). Pero aún existiendo intención en no mantener el buque al día, tal determinación de la voluntad no se aprecia que vaya dirigida a defraudar a los afectados por un eventual derrame.

2.4 En el caso particular del B/T Prestige, no se divisan con claridad los elementos necesarios para que proceda el levantamiento del velo corporativo. No se observan en este accidente los requisitos de intención de fraude y violación de normas que puedan ser imputables al armador, cargador ni sus dependientes, a la luz de las elaboraciones del número anterior.

2.5 Desde la perspectiva más amplia del Derecho Marítimo en su conjunto, conviene detenerse en el aspecto que se refiere a las características que le son propias:

2.5.1 La especialidad de la materia, en atención a su carácter particular (comentado en las notas preparatorias) y que debería privar por encima de otros foros, como el ambiental o el penal;

2.5.2 La marcada unificación, expresada mediante tratados internacionales, instrumentos jurídicos que denotan la aceptación universal de sus soluciones;

2.5.3 La jerarquía normativa del tratado como fuente del Derecho, al que algunos ordenamientos colocan expresamente por encima de las leyes ordinarias.

Bajo esta consideración, deberían observarse con preferencia las reglas propias de la materia, como es el caso de las normas de la CONVEMAR que ordenan, en caso de derrames de combustibles, la imposición de sanciones pecuniarias y prohíben, en su lugar, la aplicación de penas privativas de la libertad u otras aflictivas o corporales.

Así, no tendría mayor sentido que proceda una doctrina foránea al Derecho Marítimo cuando esta materia ya ha encontrado soluciones aceptables y funcionales a sus propias realidades.

3. Procedencia de la Doctrina

Pese a la apreciación negativa hacia la aplicación del levantamiento del velo corporativo en el apartado anterior, es posible ver ciertas circunstancias en las cuales sí podría tener cabida la doctrina.

Hay que hacer notar que, más que en el Derecho Marítimo, se observa una eventual aplicación en el Derecho del Mar y ciertas evoluciones del Derecho Internacional, una de ellas conexa como el Derecho Internacional de la Pesca. Dicho esto, se han podido identificar tres casos posibles:

3.1 La piratería. La piratería está prohibida por la CONVEMAR en sus artículos 100 y ss., que se refieren a los actos de depredación conducidos en la alta mar.

3.2 La trata de esclavos. La trata de esclavos y de blancas ha sido proscrita por el artículo 99 de la misma CONVEMAR, con su extensión al tráfico internacional de inmigrantes ilegales por mar.

3.3 La pesca ilegal. La pesca ilegal, tanto en la zona económica exclusiva (artículos 61 y ss.) como en la alta mar (artículo 116 y ss.) han quedado prohibidas por la CONVEMAR y han sido objeto del mismo tratamiento en otros instrumentos internacionales, como el Acuerdo sobre el Cumplimiento (...) de la FAO de 1.993, el Acuerdo sobre la Aplicación (...) que se refiere a la pesca de poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios de 1.995, el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO de 1.995, el Plan de Acción Internacional de la FAO para desalentar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada de 2.001, así como en los foros de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (CICAA), Comisión Atunera del Océano Índico (CAOI), Comité de Pesca de la FAO, etc.

Hay preocupación por estas actividades, ya que se ha podido detectar que en muchos casos se trata de empresas y activos afectos directamente a una explotación ilegal, constituidos a propósito y a sabiendas de lo reñido de esas actividades con el ordenamiento jurídico. Los elementos mencionados antes para que se pueda pensar en la posibilidad de levantar el velo corporativo están presentes en estos tres casos, concurrentemente y con mayor fuerza que en el caso de los derrames y otros propios del Derecho Marítimo.

Durante las discusiones posteriores en las mesas de trabajo, el grupo que abordó esta arista de la doctrina encontró que el caso del embargo de naves hermanas podría constituir otro caso de levantamiento del velo corporativo. Allí también se apunta a determinar quien yace detrás de la propiedad de las corporaciones navieras a los propósitos de constituir una garantía procesal sobre un buque por las deudas y gravámenes de otro buque. De cualquier modo, este proceder es atípico y circunscrito al punto anotado.

III. CONCLUSIÓN

Ahora se puede arribar a algunas ideas más firmes, que hagan las veces de conclusiones. No puede dejar de notarse, sin embargo, que el abordaje del tema demanda prudencia e invita, antes bien, a un estudio más profundo acerca de la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo al Derecho Marítimo en general.

Con tales reservas, se formulan las siguientes conclusiones:

- No luce que proceda el levantamiento del velo corporativo en el caso de derrames de combustibles en general, ni en el B/T Prestige en particular, por cuanto no reúnen los requisitos que el grueso de la doctrina coincide en exigir para que se pueda pensar en esa vía;

- Se presenta promisoria la entrada de la doctrina para casos de ilícitos graves al Derecho del Mar y ciertas evoluciones especializadas del Derecho Internacional: La piratería, la trata de esclavos y de blancas (con sus ramificaciones anotadas) y la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada;

- En todo caso, la apreciación de los elementos requeridos doctrinariamente debería hacerse con suma cautela, con extrema prudencia, de suerte tal de no abrir, por apresurarse demasiado, una "caja de Pandora" que haga proliferar esta vía de modo inapropiado e injusto.

Derecho y Economía

BY LIZZIE MEDRANO DE GAMBERALE[1]

The power to regulate trade in services

PREAMBLE

This dissertation discusses the impact of international trade commitments in the development of national regulations, by analyzing the rights and limitations that the World Trade Organization (WTO) Members have when adopting domestic regulations in the services industry; in accordance with the General Agreement on Trade in Services (GATS).

The analysis will start with general introductory remarks followed by an explanation on the relationship between domestic policies and international trade, indicating the problems and advantages that the diversity of domestic regulations pose to international trade. It continues with an explanation of the architecture of the General Agreement on Trade in Services (GATS) (positive listing, progressive liberalization, etc.); an analysis of the specific provisions that this agreement contains in the field of domestic regulation relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements; and an identification of the methods available to determine the legitimacy of national measures. Throughout the dissertation explanations on the application of the "necessity test" (contained in different provisions of the GATS) and the difference between regulating in a trade consistent manner and the application of exceptions will be given. It concludes with a list of statements on how the rules of the GATS may limit or not the sovereign right of States to regulate services and the supply of services.

INTRODUCTION

It is a fact that national legislators all over the world may fall captive to political constraints or interests to protect national industries or service suppliers from foreign competition; this inevitable problem may force them to generate protective measures that distort the market and create inefficiencies, since they give local producers an artificial competitive advantage. These protective measures may receive many forms: discriminatory or non-discriminatory, and sometimes they might be modeled to be justified by a legitimate objective, which could be achieved through less trade restrictive means.

According to the rules contained in the General Agreement for Trade in Services (GATS) the Members of the World Trade Organization (WTO) have the obligation to regulate in a objective, transparent, non-arbitrary, trade efficient manner. The countries and territories Members of the WTO and the public in general fear an excessive and sometimes wrong intrusion by international bodies or trading partners into national sovereignty. Therefore the challenge of a national measure, that is deem necessary to fulfill a national policy and it is justified

1 Extract from LL.M graduation paper, titled: "Power of WTO Members to regulate trade in services, comparison with lessons of the European Communities". Approved in 2002 with the grade of distinction at the Faculty of Law in the Vrije Universiteit Brussels, Belgium. Lizzie Medrano de Gamberale is a Lawyer and Public Notary who graduated from Universidad Francisco Marroquín in Guatemala city where she is a visiting professor. She worked as a delegate representing Guatemala at the World Trade Organization in Geneva, Switzerland; she worked at the European Commission in Brussels, Belgium and is a consultant at the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) in Geneva, Switzerland where she lives with her family.

by legitimate objective, is a delicate issue that has to be carefully analyzed in order to respect Members right to regulate.

The problem for trade partners in the WTO is to insure that market access concessions are not impaired through domestic measures (which take the form of laws and regulations). A solution has been the adoption of additional commitments (Article XVIII GATS). This approach was followed in the negotiations of the fourth Protocol of the GATS (Telecommunications) by adopting the rules of the reference paper in their telecommunications specific commitments.[2]

For regulations relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licenses requirements, provisional rules are contained in Paragraph 4 of Article VI (see Paragraph 5 of Article VI). This Article also includes a mandate to develop controls to ensure that these requirements are based on an objective and transparent criteria and are not additionally burdensome than necessary, this to ensure the quality of services (or other legitimate objectives of domestic policies) and to avoid that administrative, technical or professional authorizations become in themselves a restriction on the service supply.

I. DIVERSITY IN DOMESTIC POLICIES AND INTERNATIONAL TRADE

Regulation is an expression of the sovereign right that States have to choose their domestic policies. They reflect differences in preferences, risk tolerance, income level, income distribution, as well as many other factors. Service industries are generally heavily regulated, being regulated in dissimilar manners in different countries. This difference in regulations can prove to be an incentive or an obstacle to attract investments and trade.

On one hand, according to the principle of comparative advantage, "nations are to exploit their differences, which are often reflected in their regulations"[3] on the other hand it is well recognized that differences in regulation are barriers to trade in services, because of the costs of complying with multiple regulation.

The right to regulate in the context of multilateral trade in services

In international trade discriminatory measures may be the result of national policies and may adopt different kinds of forms. There are measures which discriminate between domestic and foreign products or between products sold abroad and those sold domestically, we will refer to this kind of measures as discriminatory trade measures. We can also find measures which merely discriminate between different categories of products without taking into account their origin or destination, therefore we will consider them as "origin neutral domestic measures".

In the multilateral trading system, the General Agreement on Tariffs and Trade (the GATT) largely dealt with border measures in trade in goods (i.e. tariffs) to increase trade among its contracting parties and with discriminatory measures within the market. The GATT was not designed to achieve the harmonization of competitive conditions in different markets. These rules impose constrains on trade policies, but leave the contracting parties free to conduct their domestic policies if WTO-compatible.[4]

The GATT has developed into a more complex system, as a result of the Uruguay Round in 1995, which created the World Trade Organization (WTO). The WTO has extended the scope of multilateral trade liberalization, which in the GATT was limited to trade in goods, to services and intellectual property.

2 The reference paper is a compilation of definitions and principles covering matters such as competition safeguards, interconnection guarantees, transparent licensing processes, and the independence of regulators in a commonly negotiated text. Most of the Members (57 out of 69) which participated in the basic telecommunication negotiations committed in whole or with few modifications to the Reference Paper. Available from: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/telecom_history_e.htm#paper

3 Bhagwati, J. "The demands to reduce domestic diversity among trading nations" in Bhagwati and Hudec, Editors, *Fair Trade and Harmonization* (Boston: MIT Press, 1996, Volume 1, Economic Analysis) pp. 9-40.

4 Frieder Roessler. "Diverging Domestic Policies and Multilateral trade integration" In The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order. A collection of Essays. (London: Cameron May 2000) p.119

The General Agreement on Trade in Services (GATS) is an integral part of the WTO and it regulates service liberalization. The GATS also approaches the progressive liberalization of trade in services through the elimination of restrictions to trade, rather than through deregulation[5] or harmonization. The so called "liberalization" has to be achieved, through national regulatory reform, which may hinder trade in services. To this purpose, the GATS identifies some categories of trade restrictive domestic regulations, which encumber "market access" (Article XVI GATS) or "discriminate" against foreign services and service suppliers (Article XVII GATS). These trade restrictive regulations are the primary target of the "progressive liberalization" process as a general rule; however, Members remain free to regulate their service sectors in pursuance of their national policy objectives, provided that such regulations do not constitute barriers to international trade in services in the sectors which they have chosen to "liberalize".

All barriers to trade in services fall in the broad category of "regulation", as custom duties have not traditionally been applied to services. The GATS therefore inevitably focuses on and affect states' power to regulate services in a way that may restrict international trade. The GATS allows the Members of the WTO the opening of their service markets gradually by inflowing into successive rounds of liberalization negotiations, whilst being able to maintain relevant quantitative and discriminatory barriers to trade (Articles XVI and XVII GATS), as well as some narrowly defined and time limited exceptions to the general principle of Most Favored Nation (MFN).

II. GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS)

The GATS adapts some key GATT principles to services trade, such as the Most-Favored-Nation treatment (MFN),[6] transparency, the elimination of quantitative restrictions (market access) and national treatment,[7] which have applied for the past 50 years to trade in goods. It is a very flexible agreement which allows countries to select through negotiations the services sectors to which it applies (positive list approach). Therefore the majority of the obligations contained in the GATS apply only to the sectors listed in the schedules of specific commitments and in the terms contained in each list.

Structure of the GATS

The GATS Agreement is structured in two sections. The first section was approved as a result of the Uruguay Round of negotiations and it is the Agreements' text and its annexes; the second section contains the lists or schedules of specific commitments undertaken by each WTO Member.

The text of the Agreement is divided in the following six parts: i) Scope and Definition of trade in services; ii) General Obligations and Disciplines, which are rules applicable unconditionally to all services' trade. The main principles which we find in this second part are the obligation of Most-Favored-Nation Treatment (MFN), the principle of transparency,[8] some aspects of domestic regulation (due process with respect to administrative measures and possibly the necessity test), the provision on monopolies and exclusive service suppliers[9] and the obligation to consult on restrictive business practices;[10] iii) Specific Commitments, which contains the provisions on market access, national treatment and additional commitments; these rules are only applicable to the Members that decide to undertake specific commitments; iv) Progressive Liberalization, where we find the mandate to continue the progressive liberalization process, through periodic rounds of negotiations;[11] v) Institutional Provisions; and vi) Final Provisions, which include the Annexes to the GATS.[12]

5 World Trade Organization. Council for Trade in Services document S/C/W/96 1 March 1999: Article VI: 4 of the GATS, Disciplines on Domestic Regulation applicable to all Services. (p. 2, Para. 7)
6 Article I GATT, Article II GATS.
7 Article III GATT, Article XVII GATS.
8 Article III GATS.
9 Article VIII GATS.
10 Article IX GATS.
11 Built-in mandate to start negotiations in the year 2000.
12 Annexes: i) Article II Exemptions; ii) Movement of Natural Personas Supplying Services under the Agreement; iii) Air Transport Services; iii) First and Second Annex on Financial Services; iv) Negotiations on Maritime Transport Services; v) Telecommunications and Negotiations on Basic Telecommunications.

To understand the rules applicable to measures affecting trade in services, in this paper we will explain the first four parts of the Agreement.

1. Scope and Definition of Trade in Services

The first Article of the GATS explains that the GATS applies to measures affecting trade in services;[13] however, it does not provide a definition of services, but it contemplates that *trade in services* is "the supply of a service in any of the four modes contained in Article I:2 GATS".[14] The definition covers cross-border supply of services and transactions involving cross-border movement of capital and labor, in the following modes: cross-border supply of services (mode 1), consumption abroad (mode 2), supply through commercial presence (mode 3), and supply through the presence of natural persons (mode 4).

The scope of the GATS is exceptionally wide (it applies to all services, in any sector), with the exception of services directly related to air traffic rights and services supplied in the exercise of governmental authority.[15]

2. General Obligations and Disciplines

a) Most-Favored-Nation Treatment (MFN)

The Most-Favored-Nation (MFN) obligation has a long history which can be traced back to the twelfth century.[16] In the GATS is a general obligation and applies unconditionally to all service sectors, regardless of the existence of specific commitments. The Article II of the GATS states that "each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favorable than that it accords to like services and service suppliers of any other country". Members, however, were allowed during the Uruguay Round and in the following sector negotiations on telecommunications and financial services, to list exemptions to the MFN principle relating to specific measures.[17] Such exemptions are to be revised after five years and in principle, they should not last more than ten years.[18]

To understand its central role in the GATS, the MFN obligation can be contrasted with the principles of market access (Article XVI) and national treatment (Article XVII) which constitute specific commitments rather than general obligations. WTO Members are bound by the obligations contained in Article XVI and XVII only in those service sectors, in respect of which they have undertaken specific commitments (positive listing approach); but they are obliged to apply the MFN principle even to sectors where they have not assumed specific commitments.

b) Transparency and other conditional obligations in the GATS

The GATS also contains other types of general obligations; considered conditional, because they only apply to sectors where Members have

13 Article I GATS: "...3.(a) "Measures by Members" means measures taken by: (i) central, regional or local governments and authorities; and (ii) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments or authorities. In fulfilling its obligations and commitments under the Agreement, each Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure their observance by regional and local governments and authorities and non-governmental bodies within its territory;..."

14 Article IGATS: "...2. For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service: a) from the territory of one Member into the territory of any other Member; b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member; c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member; d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of nay other Member."

15 "a service supplied in the exercise of governmental authority" means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

16 Some consider this obligation has such a long standing tradition in commercial relationships that it is part of customary international law. For others international economic law is based primarily on treaties, and obligations can only derive from their text and the commitments that countries have undertaken in them. Professor John Jackson in *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations.* (Cambridge: The MIT Press, Second Edition, 1992.) p. 133

17 The only sector where it is still possible to list MFN exemptions is maritime transport services. In fact, the post Uruguay Round negotiations in this sector were suspended in June 1996. Negotiations for trade in Services started in 2000 in compliance with the article XIX GATS.

18 The mandated review of all article II exemptions started in accordance with paragraph 3 of the Annex on article II Exemptions in the year 2000.

undertaken specific commitments. Such conditional general obligations include some transparency features (duty to notify to the WTO new or modified legislation affecting scheduled sectors), the obligation to allow payments and transfers in scheduled sectors, some domestic regulation aspects (the obligation to administer all measures of general application affecting trade in services in a reasonable, objective and impartial manner and the commitment to verify the capability from other Members experts or professionals) and some aspects on monopolies and exclusive service suppliers.

Among the transparency obligations, the GATS contemplates that all WTO Members have to establish "*enquiry points*" to provide specific information on general application and relevant measures, upon other Members request (by contrast, private parties are not mentioned in Article III GATS). Only developed countries, and to the extent possible other WTO Members, shall establish "*contact points*" to facilitate the access developing country Members' service suppliers (private parties) to information related to their respective markets (Article IV:2 GATS).[19]

c) Exceptions

The GATS provisions on exceptions (Articles XIV and XIV*bis*) define certain circumstances in which a Member may impose a regulatory measure inconsistent with its obligations and commitments under the Agreement. The measure could be considered justified as long as it is necessary to attain a series of limited objectives, which are listed in the second paragraph of Article XIV[20] (protection of life, health or public order). Moreover, such measures should not be applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination, or a disguised restriction on trade in services.

3. Specific Commitments

a) Market Access

Article XVI GATS provides that "each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favorable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule." This Article identifies a number of measures, mostly of quantitative nature, which restrict "market access" in services. The list in Article XVI is exhaustive: only those measures, which correspond to one of the six listed categories, constitute a market access barrier that Members can keep according to the GATS.[21]

b) National Treatment

The central provision in the GATT regulating the application of domestic policies to imported *goods* is Article III, which requires to accord national

19 A list of Enquiry and Contact points notified to the Council for Trade in Services may be consulted at: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_e.htm

20 Article XIV:2 GATS reads: "...[n]othing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: a) necessary to protect public morals or to maintain public order; necessary to protect human, animal or plant life or health; c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to: i. The prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on service contracts; the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts; iii. Safety; d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable of effective imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members; e) inconsistent with article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation of provision on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound."

21 Article XVI of the GATS identifies the following market access restrictions: (a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test; (b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; (c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test; (d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; (e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and (f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign share-holding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

treatment to imported products. Article III:4 GATT reads in part: "The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favorable than that accorded to like products of national origin in respect of laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use." This provision applies to all internal measures, except those of a fiscal nature, which are regulated in Article III:2 of GATT. While the principle underlying these provisions is clear, its application in specific situations raises a series of interpretative issues. The resolution of these queries has significant consequences for the contracting parties' variety of domestic policy options.[22]

Like GATT Article III, Article XVII of the GATS also enshrines the national treatment principle, but it differs in its application scope. In the GATT is a general rule, while in the GATS it only applies to the sectors and under the limitations inscribed in the Member's Schedule.[23]

Article XVII defines as "national treatment" restrictions all those measures which, by according either formally different treatment or formally identical treatment, modify the competition conditions between foreign and domestic services, as well as service suppliers. In substance, Article XVII includes in the definition of national treatment both *de jure*[24] and *de facto*[25] discrimination.

The essence of the national treatment principle is the protection of foreign products and services (and/or service suppliers) from discrimination once they are in the other Member States' territory.[26] National treatment limitations are merely conditions that discriminate against foreign suppliers or services in favor of nationals or domestic services. In the GATS structural design, they are permitted up to the limit scheduled by Members in their list of specific commitments. Moreover, as already recalled, if the service is not scheduled, the national treatment principle does not apply.[27] Therefore, the Member remains free to grant national treatment or apply any discriminatory or non discriminatory measure that afford less favorable treatment to foreign services or service suppliers in any of the four supply modes contemplated by the GATS.

c) Additional Commitments

There are regulations that do not constitute market access or national treatment barriers, but instead deal with non-quantitative, origin neutral measures. The GATS addresses these measures in two provisions. First in Article VI, which is a general conditional obligation contained in Part II of the GATS, applicable to the service sectors where Members have taken specific commitments. The second is Article XVIII, which is contained in Part III of the GATS (Specific Commitments). Article XVIII allows Members to negotiate additional commitments with respect to measures affecting trade in services not subject to scheduling under Articles XVI or XVII, including those regarding qualifications, standards or licensing matters (requirements and procedures on this matter are in Article VI).[28]

Members have negotiated and adopted additional commitments in order to give effect to their GATS specific commitments, rather than streamlining in order to minimize trade restrictive effects, as in the case of Article VI. For example, pro-competitive disciplines[29] have been adopted by some WTO Members as additional commitments to the specific obligation on market access and national treatment

22 Frieder Roessler.Chapter 6: "Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration" in the book, *Essays on The Legal Structure, Functions and Limits of the World Trade Order.* (London: Cameron May, 2000)

23 Member Schedule is the list of specific commitments consolidated by each country Member of the WTO in the GATS.

24 EXPLICIT (OR DE JURE) DISCRIMINATION: A law or regulation that imposes a different and more burdensome rule for foreign goods or services.

25 ORIGIN-NEUTRAL (OR *DE FACTO*) DISCRIMINATION: Refers to regulatory measures that do not explicitly distinguish between foreign and domestic products, but which nevertheless impose burdens on foreign products that are considered wrongful or illegitimate.

26 Hans van Houtte. *The Law of International Trade.* (London: Sweet & Maxwell, 2002)p. 129

27 http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction6_e.htm

28 The Difference is that this commitments can be negotiated, and are inscribed in Member's Schedule.

29 Rules of the reference paper in their telecommunications specific commitments, discussed in Chapter II of this paper. See footnote 20.

in the basic telecommunications sector (Fourth Protocol to the GATS). Although issues relating to competition are dealt by Articles VIII (Monopolies and Exclusive Service Suppliers) and IX (Restrictive Business Practices) of the GATS, the provision on Additional Commitments (Article XVIII) has, so far, proved to be the most effective mean for expanding the GATS in the area of pro-competitive regulation.

4. Progressive Liberalization

The allowed limitations to market access and national treatment constitute trade restrictions; by definition, WTO Members concentrate their liberalizing efforts on their progressive elimination. GATS negotiations on specific commitments consist in the progressive elimination of market access and national treatment restrictions listed in the schedules of specific commitments that Members have taken in the various service sectors. The first of these negotiations took place throughout the Uruguay Round (parallel to the negotiation on the framework of the Agreement). Other followed in specific sectors after 1995 (telecommunications, financial services, maritime transport services and movement of natural persons) and other comprehensive negotiation started in the year 2000 following the "Built In" mandate contained in Article XIX GATS.

The Doha Ministerial Declaration[30] endorses the already done work, reaffirms the negotiating guidelines and procedures (approved by Members in March 2001), and establishes some key elements on the timetable, including; most importantly, the deadline for the conclusion of the negotiations as part of a single enterprise, which will result from the "Doha Development Agenda".[31]

In all sectors where they haven't undertaken commitments, WTO Members remain free to enact measures that constitute market access or national treatment barriers. Also to adopt autonomous liberalization measures, however, this will not be binding unless liberalization commitments have been consolidated in their respective specific commitments[32] schedules. Even when a Member includes a sector among its commitments, it could be able to maintain a defined quantity of measures that restrict market access or national treatment in that sector, as long as such measures are indicated in the specific commitments schedules as "limitations on market access and/or national treatment". The number of sectors and modes of supply included in a Member's commitments schedule and the level of boundaries on market access and national treatment retained in the schedule is a matter for negotiations among WTO Members.

Negotiations on specific commitments do not prescribe a level of liberalization to be achieved at any point in time. However, Article XIX of the GATS sets the aim of a "progressively higher level of liberalization" to be achieved through successive rounds of negotiations. In substance, the ultimate goal of the GATS is the elimination of all market access and national treatment restrictions. This objective, however, lies ahead in time, as different levels of development and different national policy objectives among WTO Members, may still require the enforcement of regulation that are inconsistent with the market access and national treatment principles.

III. DOMESTIC REGULATION

After analyzing the GATS structural design and its "specific commitments" mechanism, which is based on transparency and aimed at removing the most restrictive type trade of domestic regulations (namely market access and national treatment barriers); we will discuss in further detail, how the GATS deals with regulations that do not constitute market access or national treatment barriers, and deal with non-quantitative, equally applicable measures (neutral origin). We will provide some examples of this kind of measures, as well as analyzing other WTO agreements that enclose rules on domestic regulation.

30 WTO Fourth Ministerial Declaration contained in document WT/MIN(01)/DEC/1. Adopted in Doha on 14 November 2001. Para. 15 (Available from: www.wto.org)

31 For more information on WTO: Services Negotiations, may be consulted at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#services

32 Paragraph 3 of Article XIX mandates that negotiating guidelines establish modalities for the treatment of liberalization undertaken autonomously by Members since previous negotiations.

The fourth recital of the preamble to the GATS reaffirms Members' "[r]ight to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives and, given asymmetries existing with respect to the degree of development of service regulations in different countries, the particular need of developing countries to exercise this right." Members' sovereign right to regulate according to their domestic policies did not prevent the inclusion of rules in the GATS that consent to minimization on the trade restrictive effects of domestic regulation that do not fall within the scope of Articles XVI and XVII. Such rules are to be found in Article XVIII and Article VI of the GATS.

We already referred to how the provisions of Article XVIII deal with additional commitments to be used in the Basic Telecommunications negotiations to include pro-competitive rules in the Member's schedules. Now we will analyze the provisions contained in Article VI GATS, which is the general rule on domestic regulation applicable to the sectors where Members have undertaken specific commitments.

1. Provisions contained in Article VI of the GATS

Article VI is divided in three parts. It contains: (a) binding provisions on the administration of measures in the sectors where specific commitments are undertaken (paragraphs 1, 2, 3 and 6); (b) a mandate for the development of multilateral disciplines (paragraph 4); and (c) a mechanism for the provisional application of the main principles underlying the future disciplines (paragraph 5 of Article VI GATS).[33]

a) Binding Provisions

The provisions of Article VI, are applicable only to the sectors where Members have undertaken specific commitments. Paragraph 1 requires Members to oversee all measures of general application affecting trade in services in a reasonable, objective and impartial manner. Paragraph 2 provides the mechanisms for reviewing administrative decisions that have an effect in trade in services. For this purpose, WTO Members are required to maintain or institute judicial, arbitral or administrative tribunals or procedures, which, if not independent to the agency entrusted with the administrative decision concerned, shall at least provide an objective and impartial review. According to paragraph 3, when an authorization is required for the supply of a service for which specific commitments have been undertaken, the Members' competent authorities shall inform the decision concerning the application to the claimant within a reasonable period of time after the submission of a complete application, and shall keep the claimant (upon request) informed regarding the applications status. Finally, paragraph 6 requires the establishment of adequate procedures to verify the foreign professionals' aptitude in sectors where specific commitments regarding professional services have been undertaken. Paragraph 6, however, does not impose other obligations beyond the verification of competence, such as establishing equivalence between requirements fulfilled in the professionals´ home country and host country requirements.

b) Mandate to Develop Multilateral Disciplines

Article VI: 4 GATS stipulates that: "With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, *inter alia:*

a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service;
b) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service;
c) In the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service."

The definitions of the categories of measures covered by Article VI:4 of the GATS are contained in the

33 WTO Secretariat, background Note S/C/W/96, 1 March 1999, Article VI:4 of the GATS "Disciplines on Domestic Regulation Applicable to all Services."

WTO Secretariat Background Note S/WPPS/W/9.[34] They are:

- **Qualification requirements:** comprise substantive requirements that a professional service supplier is required to fulfill in order to obtain a license or certification. They normally refer to matters such as education, examination requirements; practical training, experience or language requirements. For example: a doctor needs a medical school degree, or a lawyer needs to pass the "Bar exam" in order to exercise his or her profession.

- **Qualification procedures:** administrative or procedural rules that relate to the management of requirements for qualification. They include procedures to be followed by candidates to acquire a qualification, including the administrative requirements to be met. This covers *inter alia* where to register for education programs, conditions to be valued to register, documents to be filed, fees, mandatory physical presence conditions, alternative ways to pursue an educational program (e.g. distance learning), alternative ways to obtain a grade (e.g. through equivalences) and organizing of qualifying examinations, etc.

- **Licensing requirements:** these are substantive requirements, rather than qualification requirements, in which a service supplier is required to comply in order to obtain formal permission to supply a service. These include such measures as: residency requirements, fees, establishing requirements, registration requirements, etc. I.E: a bank must keep legal reserves to guarantee its clients deposits', in order to obtain a license.

- **Licensing procedures:** administrative procedures relating to the submission and processing a license application, covering such matters as time frames for the processing of a license, and the amount of documents, forms and information required for the application.

- **Technical standards:** these are requirements that may apply to the characteristics or definition from service itself, and to the way in which it is performed. For example, a standard may stipulate an audits content, which is akin to definition of the service; another standard may lay down ethic rules for conduct to be observed by the auditor. Service suppliers, in some cases, have to comply with international standards for the provision of their services, in example: a travel Agent must comply with the standards established by the international air transport association (IATA).

These procedures, in order to be compatible with the GATS, have to ensure legitimate policy objective, including *inter alia*: the quality of the service and consumer protection. However, Article VI of the GATS does not yet contain a fully fledged, legally binding test applicable to all domestic regulatory procedures in services, but rather a mandate for the Council for Trade in Services to develop multilateral restraint on domestic regulation, ensuring that licensing, qualification requirements and procedures as well as technical standards are transparent, objective and no more than necessarily onerous. At present, effort has only been completed in the accounting sector, where WTO Members agree on the domestic regulation, including a binding necessity test.[35] The legal status of these disciplines, however, is still "soft", as WTO Members have undertaken to make such disciplines fully binding only after more work on domestic regulation has been done by the Council with respect to all service sectors. To achieve this objective, the Council for Trade in Services created a new subsidiary body to replace the Working Party on Professional Services (which developed the accountancy disciplines), this new body is the Working Party on Domestic Regulation (WPDR). The WPDR started to confer on the development of "horizontal" disciplines on domestic regulation applicable to all service sectors in 1999. This task is

34 World Trade Organization, Working Party on Professional Services. Secretariat Background Note S/WPPS/W/9, 11 September 1996, "The relevance of the disciplines of the agreements on Technical Barriers to Trade (TBT) and on import licensing procedures to article VI:4 GATS."

35 The Working Party on Professional Services concluded its work on accountancy at the end of 1998 and the Council for Trade in Services approved the text of the "accountancy disciplines" on 14 December 1998.

now an integral part of the on-going service negotiations, which are part of the Doha Development Agenda.

The policy objectives list in Article VI: 4 are of a non-exhaustive nature. Such policy objectives, however, allow only sanctioning measures that are equally applicable to domestic and foreign services and service suppliers, and are of a non-quantitative nature (and therefore fall outside the scope of Articles XVII and XVI respectively). Discriminatory measures covered by Articles XVI and XVII can be enacted only if scheduled or if necessary to achieve one of the limited objectives listed as exceptions in Articles XIV and XIV*bis* GATS.

c) Mechanism for the provisional application of the main principles underlying the future disciplines

Paragraph 5 of Article VI GATS is already applicable, therefore in sectors where a Member has undertaken specific commitments, that Member shall not apply licensing, qualification requirements and technical standards in a way that may nullify or impair the legitimate expectations of other trading partners Members of the WTO. The criteria outlined in subparagraphs 4 (a), (b) and (c) have to be complied. Furthermore, there is an *a priori* presumption that international standards of relevant international organizations are in compliance with this transitional obligation.

2. *Examples of the Application of the Rules in Article VI GATS*

To provide the reader with a more concrete idea of the application of the rules contained in Article VI GATS we will give some examples.

A WTO Member undertook specific commitments in the accountancy sector without any limitation on market access or national treatment, and its domestic regulation in this sector requires a license to supply accountancy services. To obtain this license, the regulation requires accountants to establish legal residence in the place where they want to supply services. This is formally a non-discriminatory domestic regulation; it requires residence, without making distinctions on the nationality of the service supplier (accountant). However, this case turn out to be *de facto* discrimination, because foreign accountancy firms will have to establish residence in determined country, in order to supply their services; when they could as well supply consultancy services through the Internet or provide specific advice over the phone on a given matter. The legislator may declare that this requirement was adopted without any discriminatory aim, and that it is included in the domestic regulation for the local consumers' protection (that is, the accountant' clients). Consumer protection is a legitimate objective that gives justification to the cross-border trade restrictive effect of the measure; therefore, this measure complies with WTO rules. Dissimilarly, if the regulation had stated that only national accountants can apply for a license to provide services, the measure would be discriminatory and therefore in violation of the Member WTO specific commitment in the accountancy sector (because the schedule has no limitations inscribed). One more violation, would be to require the accountant to have a degree from a State University, this would be more burdensome than necessary, because a degree from a private University, as long as it is equivalent, should be recognized as a valid qualification.

Another example, assume that Guatemala undertook a specific commitment on reinsurance policies (a sub-sector in financial services), and did not list in its schedule any market access or national treatment limitation on mode 3 (commercial presence). If Guatemala maintains domestic rules requiring reinsurance companies to have a license approved by the Ministry of Economy, this licensing requirement could not be more burdensome than necessary to ensure the quality of the service, and the license cannot be in itself a restriction for supplying the service.

3. *The Necessity Test*

It is important to differentiate the "necessity test" from the exception provisions.[36] General exceptions constrain Members' actions, which could constitute a violation of the obligations within the boundaries of necessity contained in Agreement. Measures taken

36 Articles XIV and XIV*bis* of the GATS.

under a *general exception could also be discriminatory,* provided that they do not arbitrarily or unjustifiably discriminate nor constitute a disguised restriction to international trade. By contrast, *the "necessity test", contained in paragraph 4 of Article VI of the GATS, only applies to trade restrictive measures that are non-discriminatory.*[37] The regulations that will be developed in accordance to Article *VI: 4 should allow for the application of rules in a trade consistent manner, while the exceptions allow for the deviation from multilateral trade rules.*

Exceptions are listed in an exhaustive manner, and do not establish any constraints on the type of domestic policies WTO Members may pursue in their own jurisdiction, it is up to each Member to choose their own domestic policies.[38] For example, these provisions do not require demonstration of the "necessity" to have a health policy. The objectives listed in Articles XIV and XIV*bis* of the GATS prevail over the trade interest of the other WTO Members. The term "necessary" refers to the GATS inconsistency rather than the policy itself.

A trade restrictive measure would be necessary only if the policy in question cannot be equally supplied by an alternate measure that would be less trade-restrictive. [39]

The exceptions are correctly limited, because they justify a deviation from the rules. The necessity test is restrictive in the exceptions' application, this to be consistent with the system. The rightful objectives have to be applied constantly, which would not comprise arbitrary or unjustifiable discrimination[40] between countries, where alike conditions prevail.

4. *Legitimate Objectives*

In the application of an exception, the legitimate objectives are clearly listed in Article XIV and XIV*bis* of the GATS; but when we want to apply a measure relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements and justify it on a legitimate objective not listed as an exception, we will have to comply with the disciplines that are being drafted based upon the mandate contained in Article VI: 4 GATS. As already recalled, these disciplines should aim to ensure that the administrative, technical or professional permissions requirements are transparent (to avoid corruption, misinterpretations and unjustifiable delays), objective (not protectionist of national or selective interests, especially political forces supported by competitors) and not more burdensome than necessary, to ensure the quality of the service (i.e., to safeguard consumers).

We can assert that according to WTO rules the measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements have to be supported on a legitimate objective. The problems lies in determining how can the legitimacy of an objective be determined, and the question is who should judge the legitimacy of the objectives that domestic policies pursue? National legislators? International Organization? Or the trading partner affected by the measure?

This is a complex issue. The research conducing to the writing of this article allowed us to identify three different methods for the analysis of the legitimacy of measures: (a) the aims and effects approach, (b)

---

37 World Trade Organization. Council for Trade in Services document S/C/W/96 1 March 1999: Article VI:4 of the GATS, Disciplines on Domestic Regulation applicable to all Services. Para. 22

38 The panel on the tuna dispute: USA vs. Mexico and the EC (United States restrictions on imports of tuna from contracting parties which permit fishing methods endangering dolphins), confirmed that the GATT's general exception in Article XX permit contracting parties to apply import restrictions to implement their law within their jurisdiction, but do not allow them to impose discriminatory trade restrictions to force other contracting parties to change their domestic policies within their jurisdiction. See Frieder Roessler. "Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration." In Chapter 6 of *The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order.* (London: Cameron May, 2000) p. 130

39 Chapter 19 of the background material available at Trade Policy Courses. (Geneva: World Trade Organization, 2000.)

40 "Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favorable if it modifies the conditions of competition in favor of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member" Paragraph 3 of Article XVII (National Treatment).

the protective application concept, (c) the presumption in favor of the economically efficient measure.

a) Aims and Effects Approach

This approach was first used in the 1992 Malt Beverages case.[41] Canada challenged several product distinctions in Mississippi State regulations and federal US laws,[42] concerning alcoholic beverages; on the ground that the relevant Canadian products were "alike" certain more favored US products. The panel chose to interpret the "like product" concept by considering, in addition to various "likeness factors", the objective policy stated in paragraph 1 of Article III of the GATT (National Treatment). The objective policy states that internal regulatory measures (both tax and non-tax regulations) "should not be applied...so as to afford protection to domestic production". The panel interpreted this to signify that the legitimacy of internal taxes and regulations should be determined primarily on their purpose and market effects, i.e., whether they have a *bona fide* regulatory purpose or if their effect is to create a protective advantage in favor of domestic products.[43]

This approach entails that, in a dispute resolution in WTO, the Panel should try to comprehend the reasons legislators had to enact a measure. This might not always be feasible, and some could argue that this is a violation on the Members' sovereign right to choose their national policies and ways for applying them.

Some consider that this approach is no longer relevant, because Panels and the Appellate Body have, on repeated occasions, denied its application. Others consider that this is the approach that will be used in disputes concerning "domestic regulation" within the significance of Article VI: 4 GATS.

Professor Hudec explains[44] how common sense advises us that, whenever a panel member is requested to decide whether a particular regulatory measure is or is not in harmony with the rules, the panel will instinctively want to identify whether the measures has a *bona fide* regulatory purpose and if and to what extent its market effects are protective. One can see that the "aim and effects" draftsmen were not in fact trying to change the underlying criteria for the decision in a dispute settlement, but instead they were just trying to bring up this covert analysis; when, supposedly, the pronouncement worthiness' is improved when the parties are given a chance to deal with the real criteria of decision.

b) Protective Application

The policing function of WTO over domestic regulations political suitability is thorny, especially since WTO function is limited to trade effects and not to domestic policies *per se*.

In the case *Japan-Alcoholic Beverages*[45] the panel, and the Appellate Body on appeal, both rejected the "aim and effects" approach to the "like product" test of the first sentence of Article III: 2 GATT. The panel stood firm on its scrutiny that *panels should not inquire into the purpose or motivation behind domestic regulatory measures, and thus interpreted the reference to the policy of Article III: 1 GATT as calling only for an analysis of whether the measure had a protective effect on competitive conditions – in essence, an "effects" test with no "aim" test.* The Appellate Body called for an investigation on the theory of "protective application", a concept that, for everybody, looked like an objective analysis on the regulatory purpose.[46] The Appellate Body said: "We believe it is possible to examine objectively the underlying criteria used in a particular tax measure, its structure, and its overall application to ascertain whether it is applied in a way that affords

41 United States – Measures Affecting alcoholic and malt Beverages, June 19, 1992, GATT B.I.S.D. (39th Supp.) at 208 [1993].

42 Wine tax according a more favorable treatment to wine produced from a particular type of grape that grows only in the southeastern United States and the Mediterranean region.

43 Robert E. Hudec. "GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for "Aim and Effects" Test." *Essays on the Nature of International Trade Law.* (London: Cameron May, 1999) p.367 – 371.

44 Robert E. Hudec. "GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for "Aim and Effects" Test." *Essays on the Nature of International Trade Law.* (London: Cameron May, 1999)

45 Report of the Panel, WT/DS8/R, WT/DS/R, WT/DS11/R July 11 1996

46 Robert E. Hudec. "GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for "Aim and Effects" Test." *Essays on the Nature of International Trade Law.* (London: Cameron May, 1999) p. 371 - 376.

protection to domestic products. Although it is true that the aim of a measure may not be easily ascertained, nevertheless its protective application can most often be discerned from the design, the architecture, and the revealing structures of a measure. The very magnitude of the similar taxation in a particular case may be evidence of such a protective application, as the Panel rightly concluded in this case".[47]

In the case *Bananas III*,[48] the Panel found that the EC banana regime had been applied to give protection. The Appellate Body rejected the panel's initiative, because the GATS national treatment provisions do not contain explicit reference to a text similar to the "purpose statement" in GATT Article III:1. The decision in the Bananas III case presented a good example of how a simple, one-dimensional trade-effects analysis could be used to find that a "neutral origin" regulation constituted *de facto* discrimination. In an effort to shift some of the financial rent generated by a tariff *quota* on Latin American bananas to banana wholesalers from less competitive (and less profitable) bananas from the Eureopean Community (EC) and from Africa-Caribbean-Pacific (ACP) countries. The EC approved a regulation assigning thirty percent on the *quota* licenses from Latin American bananas to wholesalers who dealt with EC and ACP bananas. While the regulation clearly discriminated foreign goods by explicitly rewarding the purchase and resale of EC and ACP bananas (and thus constituting a violation of GATT Article III: 4), as a service regulation the license allocation was "origin neutral" on its *facade*. In fact, the benefits were uniformly available to any wholesaler (i.e. any supplier of wholesale distribution services) who dealt with the requisite goods, regardless of the wholesaler's nationality. The issue was whether such an "origin-neutral" regulation could, nevertheless, be characterized as discriminatory, either because of its purpose, or because of its actual effects upon foreign wholesalers. After a meticulous data examination pertaining to the nationality of affected wholesalers, the panel concluded that the regulation did modify the competing conditions in favor of domestic wholesalers.[49] The European Community urged the Appellate Body to follow the "aim and effects" approach from the U.S. Auto Taxes case. In particular, (1) that the Appellate Body ought to consider the presence or absence of a *bona fide* regulatory purpose behind these subsidy elements in the Community's banana regulations, and (2) that it should inquire further into the nature and quality of the disproportionate impact on foreign nationals by considering whether that impact was merely incidental or actually inherent in the measures' design. The Appellate Body rejected the invitation to extend the "aim and effects" approach to a different context.

c) Presumption in Favor of the Economically Efficient Measure[50]

This approach is based on the conjecture that economic principles can provide meaningful rules for the instrument choice. Ideally, State intervention is meant to remedy distortions. The economic theory of optimal policy intervention provides a hierarchy to the mechanisms that deal with the domestic distortions dilemma (the target of domestic policy instruments) within the domain of the national treatment obligation.

The "first-best" instrument attacks the divergence between the private and the social cost at the source. Suppose a country chooses to implement the second best policy. This would immediately raise the question: was the first best instrument feasible? But who is to judge the legitimacy of the constraints? If a WTO panel were to do so, it may be regarded as an unjustified intrusion in the internal affairs of a sovereign country. On the other hand, if the WTO unquestioningly accepted this constrains legitimacy,

47 Report of the Appellate Body: WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R

48 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Complaint by the United States – Report of the Panel, WT/DS27/R/USA, paragraphs 7.181, 7.249 (May 22, 1997)

49 Over ninety percent of the disadvantages wholesalers, were those who dealt in Latin American Bananas, were national of the complaining countries while the advantaged wholesalers who dealt in EC and ACP bananas were over seventy-five percent European or ACP in nationality. The panel opinion depended solely on a head count of nationality of the affected suppliers, whatever the underlying reason for this distribution.

50 This approach was proposed by Aaditya Mattoo and Arvind Subramanian in their article: "Regulatory Autonomy and Multilateral Disciplines: The Dilemma and a Possible Resolution." Journal of International Economic Law (April 1998).

then it would not be in a position to meaningfully impose any disciplines. The question then is the following: can WTO meaningfully incorporate welfare consideration in the choice of instruments, or must it accept the "revealed preference" of a particular country for a particular instrument? Should a country be obliged to choose the first-best instrument, or must its choice of instrument be accepted as "revealed" constrained national optimum? The answer from these approach proponents[51] is that there should be a presumption in favor of the economically first-best instrument. "*If a country chooses to pursue an objective by an instrument other than the first-best instrument, then it should be obliged to demonstrate why instruments ranked above it in hierarchy of instruments were not chosen.*"

The creation of such a hierarchy is, in the view of the author of this paper, a difficult task that will require a high degree of transparency and objectivity (not always politically viable in the domestic arena) in the selecting the national policies. The proponents of this approach[52] rightly points out that the creation of such a hierarchy is not without precedent in the WTO. In general, WTO law accepts the legitimacy of tariffs while seeking to eliminate quantitative restrictions, reflecting the broad consensus in economic thoughts, that in the majority of situations the former are to be preferred to the latter. A somehow similar approach is followed in the Technical Barries to Trade (TBT) Agreement that generates an assumption in favor of international standards, but does not oblige Members to use these standards.

As for the service area, Article VI:5(b) GATS provides that in determining whether a Member is in compliance with the obligation to respect other WTO Members' legitimate expectations in the sectors were commitments have been undertaken, account shall be taken on international standards by relevant international organizations applied by that Member.[53] There lies an implied presumption that international standards are the "*first-best instrument*" and that is why Members apply them.

The efficiency approach[54] proponent explains that, whilst a "necessity test", a Member is obliged to demonstrate other measures' non-feasibility. In their approach a Member is obliged to demonstrate the non-feasibility only of the economically superior measures. It may well be politically acceptable for countries to agree to international obligations that give primacy to economic efficiency in the attainment of objectives, rather than those which place trading partners' rights above all.

IV. CONCLUSIONS

1. The GATS recognizes the WTO Members right to regulate and introduce new regulations for the supply of services within their territories, in order to meet national policy objectives. It does not indicate which national policies should governments follow, it also imposes few specific constraints on national regulatory autonomy. It permits Members to deviate from the trade rules when necessary (and in no other way possible to achieve[55] the policies objectives contained in the exhaustive list of exceptions contained in articles XIV and XIV *bis* of the GATS).

2. The WTO Members have the sovereign right to regulate all service sectors, and all forms of supply. It is imperative to point out that the GATS rules do not apply to: (a) Services supplied in the exercise of governmental authority,[56] for example, public services like: health and education; (b)

51 Aaditya Mattoo and Arvind Subramanian in their article: "Regulatory Autonomy and Multilateral Disciplines: The Dilemma and a Possible Resolution." Journal of International Economic Law (April 1998).

52 *Idem*, Supra.

53 Attentions should be given to the fact that many developing countries (especially small economies) might find themselves not represented in this kind of international organizations.

54 Aaditya Mattoo and Arvind Subramanian in their article: "Regulatory Autonomy and Multilateral Disciplines: The Dilemma and a Possible Resolution." Journal of International Economic Law (April 1998).

55 In interpreting the term "necessary" in the public policy exceptions in Article XX of the GATT, the panels have respected the right of contracting parties to implement their domestic policies through restrictive trade measures if no alternative measures are reasonably available.

56 Article I.3.c) GATS: "a service supplied in the exercise of governmental authority » means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

traffic rights, and services directly related to the exercise of traffic rights in the Air Transport sector.[57]

3. In a sector where a WTO Member has not acquired specific commitments, it is obliged merely to respect the general obligations of the Agreement (like MFN treatment); but that Member has no further obligations, and may benefit from the commitments undertaken by all other Members.

4. Sovereign Countries, Members to the WTO decide their own domestic policies, and implement them in laws and regulations. Administrative bodies of government might be left with the duty of approving legal instruments for applying them (implementation procedures), and in other cases, the State has delegated this function to specialized bodies (In example, professional associations). In any case the measures that administrative and specialized bodies approve have to be necessary to achieve a legitimate objective of national policy.

5. Members can choose the segment they want to negotiate with other WTO trade partners. This negotiation usually is part of a larger negotiation that involves goods, agricultural products, textiles, etc. Trading partners may swap concessions from one area to another, as part of a single undertaking.

6. In services negotiations, each country has the right to decide whether to fully release the service sector to foreign competition and investment, or to limit market access with national treatment limitations (Article XVI and XVII GATS) in their specific commitments' schedule. Members also have the right to maintain measures that restrict market access or national treatment in services, as long as such measures are indicated in the specific commitments' schedules. Members are free to enact scheduled measures, in pursuance of any policy objective they deem appropriate. Unlike the rest of domestic regulation, scheduled measures are not subject to a necessity test in respect to the objectives they intend to achieve.

7. In the sectors where specific commitments have being taken other general obligations apply; in the vein of transparency, domestic regulation, competition, payments and transfers.

8. To minimize trade restrictive effects of neutral origin domestic regulations the GATS contains two different sorts of provisions. First, Article XVIII GATS on additional commitments, allows Members to negotiate specific sector binding regulatory principles that should be followed within national regulation. The general obligation contained in article VI GATS, which requires Members to administer sectors where they have undertaken commitments in transparent, objective and not more trade restrictive than necessary manner. It safeguards legitimate objectives that administrative, professional or technical authorizations try to achieve. The disciplines that will develop according to article VI:4 GATS should allow for the application of rules in a trade consistent manner.

9. The necessary measures to adopt or enforce whichever of the policy objectives detailed in the list of exceptions, contained in Articles XIV and *XIV bis.* GATS, may justify Members deviation from the multilateral trade obligations they have contracted.

10. The GATS does not compel Members to deregulate; but aims to minimize the trade restrictive effects of all regulatory barriers, subjecting them to a "necessity test"; which can be confronted by the affected Members in a dispute resolution procedure.

11. The GATS is not an international agreement for the worldwide harmonization of service industries; it acknowledges the regulations diversity. The domestic policies' differences are expressed in each country's domestic regulation, which may be considered as an incentive or obstacle to trade and investment. Trade restrictions have traditionally been proposed as an instrument to offset differences between domestic policies, something not allowed within the WTO Agreement.

57 See Annex on Air Transport Services in the GATS.

12. The WTO does not choose, create or impose domestic policies; these are chosen by each country and implemented in the form of domestic measures (laws, or regulations). When a domestic measure has an impact on trade, other trade partners have the right to challenge the trade distorting measures through WTO dispute settlement procedures.

13. The WTO Members have the right to regulate their domestic markets and this encompasses the freedom to choose their domestic policies; when doing so, they have to do it in a transparent, objective, and not more burdensome than necessary manner, in order to respect the obligation undertaken in their specific commitments schedules to the GATS.

BIBLIOGRAPHY

Books

John Jackson. *The World Trade System: Law and Policy of International Economic Relations.* (Cambridge: The MIT Press, 1992)

Robert E. Hudec. *Essays on the Nature of International Trade Law.* (London: Cameron May, 2000).

Frieder Roessler. *The Legal Structure, Functions & Limits of the World Trade Order. A collection of Essays.* (London: Cameron May 2000).

Marco Bronckers and Reinhard Quick, ed., *New Directions in International Economic Law, Essays in Honour of John Jackson.* (The Hague, Kluwer Law International,2000).

Hans van Houtte. *The Law of International Trade.* (London: Sweet & Maxwell 2002).

Pierre Sauvé and Robert M. Stern, Editors. *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization.* (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 2000).

The World Trade Organization. *Trading into the Future.* (Geneva: WTO Information and Media Division, 1998.

Organización Mundial del Comercio. *Indice Analítico: Guía de las Normas y Usos del GATT. Vol. I y II.* (Ginebra: OMC, 1995)

Articles

Kalypso Nicolaidis and Joel P. Trachtman. "From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS." In: Pierre Sauvé and Robert M. Stern, Editors. *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization.* (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 2000) p 241-282.

Geza Feketekuty. "Regulatory Reform and Trade Liberalization in Services". Pierre Sauvé and Robert M. Stern, Editors. *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization.* (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 2000) p 225 – 240.

Aaditya Mattoo and Arvind Subramanian. "Regulatory Autonomy and Multilateral Disciplines: The Dilema and a Possible Resolution." Journal of International Economic Law (April 1998).

Jacques Pelkmans. "Removing Regulatory Access Barrier – the case of deep integration". Paris: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), 1996. Document TD/TC (96)9 derestricted on 22 April 1996.

World Trade Organization S/C/W/96. "Article VI:4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to all Services." Geneva, 1 March 1999

Websites

www.wto.com

Dictionaries

Walter Goode. *Dictionary of Trade Policy Terms.* (Australia: Center for International Economic Studies, University of Adelaide 1998).

Sidney I. Ladau, Ed. *The Bantam Collegiate Roget's Thesaurus.* (New York: Bantam Books, 1990)

Historia

GABRIEL ORELLANA ZABALZA[1]

Conflictos territoriales en América Latina: el caso de la Guerra de la Triple Alianza

INTRODUCCIÓN

Hasta el día de hoy existen conflictos territoriales que son parte importante de la vida internacional. Es por ello indispensable que los Estados conozcan los distintos métodos de solución de controversias internacionales que pueden ser aplicados a las controversias territoriales, así como los factores necesarios para determinar de forma racional e informada qué método deberá utilizar.

Los métodos tradicionales para solucionarlos son el litigio, las negociaciones bilaterales, la mediación, el arbitraje y la guerra. De ellos, la guerra ha caído en el desuso, aparte de ser condenada por la comunidad internacional, como se refleja del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas y del artículo 5.e de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Sin embargo, la guerra fue en el siglo XIX uno de los métodos más utilizados por los Estados para establecer sus fronteras territoriales.

Previo la creación de la Sociedad de Naciones, la guerra era la forma tradicional de lograr un arreglo cuando la diplomacia era insuficiente. Por estos motivos, el presidente de Estados Unidos, W. Wilson, proponía en 1917 que:

> "La igualdad de las naciones sobre la cual debe fundarse la paz, para ser duradera, debe ser también una igualdad de derechos; las garantías establecidas no deben reconocer o implicar una diferencia entre naciones grandes y pequeñas, entre las poderosas y las débiles. El derecho debe basarse sobre la fuerza común, no sobre la fuerza individual de las naciones de cuyo acuerdo dependerá la paz. No debe obrar allí la igualdad de territorio o de recursos, ni cualquiera otra clase de igualdad que no haya sido obtenida mediante el desarrollo normal, pacífico y legítimo de los pueblos mismos. (...) La humanidad en estos momentos está buscando la libertad de la vida, no las compensaciones del poder.
>
> Y hay algo comprometido que es aún más importante que la igualdad de derecho entre naciones organizadas. Ninguna paz puede, o debe, perdurar, si no reconoce y acepta el principio de que los gobiernos reciben todos sus justos poderes del consentimiento del pueblo, y de que no existe en ninguna parte ningún derecho para arrastrar a los pueblos de una soberanía a otra como si fueren propiedades (...).
>
> Ninguna nación debe extender su política sobre ninguna otra nación o pueblo, sino que todo pueblo debe gozar de libertad para determinar su propia política, sus propios métodos de desarrollo, sin obstáculos, sin amenazas, sin temores, los pequeños junto con los grandes y los poderosos".[2]

---

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, grado académico de Abogado y Notario por la Universidad Francisco Marroquín. Premio Salvador Aguado-Andreut. Graduado de la Academia Diplomática de Chile "Andrés Bello".

2 Discurso de 22 de enero de 1917, en *Las relaciones internacionales* (Colección Imagen de los Estados Unidos), Recopilación dirigida por Ernest R. May, Editorial Vea y Lea, Buenos Aires, 1964, páginas 203-209; 206-208.

Estas ideas han transformado la diplomacia contemporánea. Se ha evolucionado de una época en que prevalecía la diplomacia secreta y las alianzas eran la forma más sencilla de imponer las voluntades de un gobierno sobre otro. Hoy día, la soberanía de los Estados es la regla general y se promueve la solución pacífica de controversias, pero sobre todo, se condena el uso o la amenaza de la fuerza.

Sin embargo, los años anteriores a estas ideas fueron marcados por las guerras y el sufrimiento. En este sentido se debe recordar que:

> "La guerra no es el conflicto o la lucha de dos elementos cualesquiera de la naturaleza: es ante todo un hecho humano, exactamente 'una forma de las relaciones humanas', y como tal incluye el concepto global de los conflictos humanos potenciales, en los que el elemento de ruptura, la violencia, tiende permanentemente a extremarse, constituyendo el momento supremo del conflicto entre los hombres, su paroxismo, sin que su naturaleza misma se desligue en ningún momento de la naturaleza de los hombres. (...) la guerra no es el dominio ni de las artes ni de las ciencias, sino que es un elemento de la contextura social. Constituye un conflicto de grandes intereses solucionado de manera sangrienta, lo que la diferencia de todos los demás conflictos".[3]

Tal fue el caso de la Guerra de la Triple Alianza, uno de los eventos más polémicos y menos conocidos de la historia de América Latina. Descrito por el diplomático e historiador brasileño Joaquín Nabuco, como una lucha por razones territoriales entre países sudamericanos, dueños de extensiones territoriales más grandes de las que pueden ocupar, y por cuestiones de hegemonía entre nacionalidades aún no formadas, cuya importancia dependía principalmente de la afluencia de capitales y de emigrantes, una manía de diplomáticos influidos por los prejuicios y procedimientos históricos de Europa, en donde la guerra ejercía otra función. A esa guerra me referiré.

La Guerra de la Triple Alianza, o Guerra del Paraguay, fue un conflicto en el que participó la Confederación Argentina, la República de Uruguay y el Imperio de Brasil todos frente a la República de Paraguay. Tuvo lugar de 1864 hasta 1870. Fue marcada por algunas de las campañas militares más sangrientas de la historia de América Latina. Y a pesar de que las causas que se le señalan son diversas, la gran mayoría se desprende del nacimiento mismo de las Repúblicas Americanas.

PANORAMA PREVIO A LA GUERRA

Para comprender los sucesos de la Guerra de la Triple Alianza en todo su contexto, se debe profundizar sobre el nacimiento de las Repúblicas Americanas. Los nuevos Estados, ansiosos por establecerse como potencias regionales, lucharon por mantener el *statu quo* territorial originado de la época colonial, mientras otros empezaron grandes empresas para adquirir nuevos territorios. Esta situación, complementada por la lucha interna en los Estados para lograr el control político, generó grandes conflictos entre las nuevas Repúblicas Americanas que, no en pocas ocasiones, desembocó en guerras.

La independencia del Uruguay

La Banda Oriental del Río Uruguay, una de las Provincias Unidas del Río de la Plata, tuvo en los primeros años de lucha, tres hombres de distintos pensamientos políticos en escena: José de Artigas, Juan Antonio Lavalleja y Fructuoso Rivera.

Artigas simpatizaba con la teoría federal norteamericana. Esta teoría era conocida en las Provincias Unidas, y Artigas no hizo más que presentar a la Asamblea de 1813, reunida en Buenos Aires, un proyecto sobre el particular. Sus ideas federales iban unidas a un liberalismo político y democrático. Sin embargo, la realidad de los hechos lo obligaron a convertirse en el dictador de su pueblo y de las provincias que habían adoptado el sistema federal. Su dominio terminó en el fracaso. Las ideas federales fueron su ruina.

Los fines políticos de Juan Antonio Lavalleja y Fructuoso Rivera, por su parte, tuvieron distintas orientaciones. Estaban divididos por conveniencias y luchas de simpatías políticas; pero ninguno de ellos soñó con la independencia del Uruguay. Lavalleja

3 Von Clausewitz, Kart, *De la Guerra*. Primera Edición. Editorial Labor. España, 1984, pág. 17.

aspiró a reincorporar la Banda Oriental a las Provincias Unidas, razón por la que encabezó la cruzada libertadora llamada de los treinta y tres orientales. Así, puso en armas a Uruguay para reincorporarlo a la Argentina. La empresa de Lavalleja tuvo éxito y la Banda Oriental se separó de Brasil e incorporó inmediatamente a la Argentina.

Los propósitos de Rivera, por su parte, fueron: primero, servir al Brasil y reconocer la anexión de Uruguay, como provincia Cisplatina, al Brasil; y, segundo, crear una nación independiente formada por el actual Uruguay y las actuales provincias argentinas de Entre Ríos, Corrientes y Misiones. Los planes de Rivera se derrumbaron cuando Lavalleja lo tomó prisionero. La guerra entre Argentina y Brasil sobre el territorio de Uruguay hizo intervenir a Gran Bretaña mediante su ministro Jorge Canning, quien –como única solución– aprobó la independencia de Uruguay.

La Constitución uruguaya de 1830

Tras su independencia en 1828, la República Oriental de Uruguay se organizó legalmente con su Constitución de 1830, la cual estableció un gobierno unitario. Era imposible que aquella parte de un todo, al erigirse en Estado independiente, adoptase la ficción federal para sus departamentos. Su organización quedó, pues, restringida a la clásica división de poderes.

Lavalleja y Rivera compitieron para ganar la presidencia. La victoria favoreció a Rivera. Lavalleja se sublevó dos veces sin éxito. En 1835, Manuel Oribe fue electo presidente. Su amistad con el dictador argentino Juan Manuel Rosas lo sostuvo contra las ambiciones de Rivera, que mantenía el puesto de comandante de la campaña. En 1835, Oribe suprimió el cargo de Rivera y le pidió rendición de cuentas por los gastos hechos durante su presidencia. Ante esta situación, Rivera se unió con los unitarios, enemigos de Rosas y al general argentino Juan Lavalle. Rivera declaró una revolución en 1836. En ésta intervino Rosas enviando al Uruguay quinientos hombres dirigidos por Lavalleja.

Blancos y colorados

Nacen así los dos bandos uruguayos con los nombres de los colores de sus divisas: blancos y colorados. Oribe es el héroe histórico que invocan los blancos, mientras Rivera es el de los colorados.

Rivera y Lavalle fueron vencidos por las fuerzas de Oribe; pero Rivera logró algunos triunfos a mediados de 1838. El presidente Oribe renunció en octubre y se refugió en Buenos Aires, donde fue protegido por Rosas. En Buenos Aires, Oribe alegó que su renuncia era nula por la presión que ejercieron las fuerzas francesas que bloqueaban a Rosas. En Uruguay, mientras tanto, el poder Ejecutivo lo desempeño el presidente del senado, Gabriel Pereira, hasta que, en 1839, se eligió a Rivera como presidente constitucional.

El rechazo de Rivera hacia Rosas lo hizo unirse con la provincia de Corrientes y declarar la guerra al dictador argentino. Pascual Echagüe, gobernador de Entre Ríos, dominó a Corrientes y avanzó dentro del Uruguay, donde fue derrotado por Rivera. Ante esta situación, Rivera solicitó a las fuerzas francesas el desembarco de quinientos hombres para que defendiesen Montevideo contra cualquier ataque de Rosas.

Sin embargo, Francia aceptó la paz con Rosas y retiró sus fuerzas de Uruguay. Rivera no se desalentó y en los últimos meses de 1842 comenzó una campaña en contra de la provincia de Entre Ríos. Este mismo año, Oribe, que se encontraba al servicio de Rosas, venció a Rivera avanzando hasta Montevideo, donde cercó la ciudad en febrero de 1843.

Concluido el período presidencial de Oribe, en marzo de 1843, y por no poder realizar las elecciones, fue sustituido por el vicepresidente Joaquín Suárez. Oribe, sin embargo, instaló una legislatura en el campo sitiador que, de inmediato, le otorgó, como a Rosas, facultades extraordinarias. La lucha era lenta y sin alternativas.

El general Justo José de Urquiza, que en 1845 aún se encontraba a las órdenes de Rosas, penetró en Uruguay y venció a Rivera, que huyó a Brasil. Nunca recuperó su influencia política de otros tiempos.

Por su parte, en Montevideo, los políticos comprendieron que para librarse de la presión de Oribe y de las continuas amenazas de Rosas, debían derribar a este último. Con este propósito se acercaron a Brasil y al gobernador de Entre Ríos, Urquiza, para formar una alianza en contra de Rosas. Urquiza aceptó y se pronunció en contra de Rosas el 1 de mayo de 1851. Invadió Uruguay y fue derro-

tando las fuerzas de Oribe. El Brasil, ahora aliado de Urquiza, llegó tarde a la victoria final contra Oribe. En seguida, Urquiza cruzó el Paraná y avanzó sobre Buenos Aires, donde cayó Rosas el 3 de febrero de 1852.

Juan Francisco Giró fue electo, en 1852, presidente titular de Uruguay. La oposición del partido blanco terminó por desencadenar una revolución y la anarquía. En 1853 el presidente renunció, y en consecuencia entró a gobernar un triunvirato compuesto por Lavalleja, Rivera y el coronel Venancio Flores. Los antiguos rivales y héroes de la independencia, sin embargo, no llegaron a encontrarse. Lavalleja murió y Rivera permaneció alejado. Flores fue quien controló el poder.

Flores, para sofocar un movimiento revolucionario, tuvo que delegar el mando en el general César Díaz, quien aprovechó el interinato para fusilar y oprimir a sus enemigos políticos con una fuerte dictadura. Al volver Flores en 1854, el partido blanco solicitó la intervención armada de Brasil para asegurar el orden político. Sin embargo, los costos de sostener al ejército brasileño y otros desórdenes originaron una nueva revolución en 1855. Flores, ahora presidente electo, se vio obligado a renunciar y dejar el cargo al presidente del senado Manuel Basilio Bustamante. La paz firmada entre Flores y Oribe, sin embargo, permitió la elección de Gabriel Pereyra del partido colorado, en 1856. El partido blanco lanzó otra revolución.

En 1860 asumió la presidencia Bernardo P. Berro. El general Flores, entretanto, preparaba una revolución en la Argentina, y en 1863 invadió el Uruguay. La guerra civil se agudizó y Berro, aconsejado por su ministro Juan José de Herrera, solicitó ayuda al dictador de Paraguay, Francisco Solano López.

Antonio C. Aguirre fue electo presidente del senado en 1864. Argentina, Brasil e Inglaterra, por medio de sus ministros, trataron de lograr la paz entre Aguirre y Flores, pero no lograron avenirlos. Brasil decidió apoyar a Flores, quien, luego de rudos combates, llegó a Montevideo. El nuevo presidente del senado, Tomás Villalba, firmó la paz con Flores, quien pasó a ocupar la presidencia de Uruguay.

La ruptura territorial de Paraguay

Paraguay fue desde finales del siglo XVIII una intendencia dependiente del virreinato de Buenos Aires. Un territorio escasamente poblado, requería del servicio militar de sus habitantes para la defensa del territorio, amenazado por indios no sometidos y por su poderoso vecino, Brasil.

Tras los sucesos de mayo en Buenos Aires, y ante la solicitud de reconocimiento que realizaban, por un lado, la Junta de Gobierno de Buenos Aires y el Supremo Consejo de Regencia, por el otro, se acordó reconocer al Supremo Consejo de Regencia y comunicar a la Junta de Buenos Aires el interés por conservar una fraternal amistad con ella. Ante esta respuesta el gobierno de Buenos Aires comisionó a Manuel Belgrano para que se dirigiera al Paraguay al frente de algunas tropas. Belgrano fue derrotado. Finalmente firmó una capitulación y dispuso la evacuación del territorio invadido.

Esta invasión llevó hasta el corazón del Paraguay las ideas de la Revolución de Mayo. Y, aunque el intendente Bernardo de Velasco reprimió a quienes complotaban, comenzó a extenderse entre los paraguayos la idea de un gobierno autónomo. En 1811, el intendente Bernardo de Velasco aceptó como adjuntos en el gobierno a José Gaspar Rodríguez de Francia y a Juan Valentino Cevallos, en tanto se convocaba a un Congreso para que decidiera en forma definitiva el gobierno de esta provincia. Sin embargo, el intendente Velasco fue depuesto y se constituyó una Junta de Gobierno. El nuevo gobierno comunicó a Buenos Aires su instalación el 20 de julio de 1811, razón por la cual este gobierno envió a Manuel Belgrano y Manuel Anastasio Echevarría como sus ministros plenipotenciarios, para reanudar las conversaciones. Llegados a Asunción, los embajadores terminaron por firmar el 12 de octubre de 1811 el tratado en que se reconoció explícitamente la independencia del Paraguay.

El 30 de septiembre de 1813 se reunió un Congreso que acordó la total independencia de Paraguay de España y de cualquier otro país. Se dictó la primera Constitución, que estableció un gobierno a cargo de dos cónsules que debían turnarse en el gobierno cada cuatro meses. Como Cónsules se designó a José Gaspar Rodríguez de Francia y a Fulgencio Yegros.

El Supremo

El 3 de octubre de 1814, el Congreso designó a Rodríguez de Francia como Dictador de la República por cinco años y en 1816 lo declaró Dictador Perpetuo, iniciando así su largo gobierno que terminó con su muerte, en 1840.

'El Supremo' –título que se le confirió– gobernó el Paraguay sin sujetarse a las apariencias de las demás repúblicas hispanoamericanas. No tuvo un Congreso que lo fiscalizase, ni mucho menos una Constitución que tuviera que respetar. Llegó a imponer su control sobre toda la vida del país, incluyendo a la Iglesia Católica, a la cual prácticamente aisló de Roma luego de cerrar conventos, confiscar sus bienes y clausurar seminarios.

Rodríguez de Francia, aunque mantuvo un ejército nacional, no permitió a los militares alcanzar grados más altos que el de capitán. Sus métodos de gobierno eran los propios de toda dictadura. Ejerció una represión dura y terrible, mataba y expulsaba del país a cualquiera que se opusiera a sus políticas. Gobernó con pocos colaboradores, aunque él mismo se impuso un régimen de trabajo abrumador y su tónica de gobierno fue el aislamiento del país respecto de sus vecinos, negándose incluso a recibir enviados diplomáticos que éstos enviaban. Con ello, el Paraguay llegó a practicar una política económica de autosuficiencia.

La obra de Rodríguez de Francia tendía a uniformar la sociedad paraguaya. Buscó la eliminación de los nacidos en España, prohibiéndoles contraer matrimonio con alguien que no fuera mestizo, indio o mulato; y, al mismo tiempo, diezmó la clase alta paraguaya a través de la imposición de multas y otras penas que les hicieron perder sus tierras.

Logró, como resultado de sus políticas, que el Paraguay se convirtiera en una nación con personalidad propia, con una población homogénea y con una autonomía económica que le permitía sostener su categoría de país independiente.

El Paraguay de Carlos Antonio López

Sucedió a José Gaspar Rodríguez de Francia otro abogado: Carlos Antonio López, quien institucionalizó el Paraguay dictando la Constitución de 1844, aunque permaneció en el poder por sucesivas reelecciones hasta su muerte en 1862.

La política de Carlos López fue transformadora. Inició el desarrollo de la educación, además de fundar astilleros y el primer ferrocarril. Instaló las primeras líneas de telégrafo y levantó edificios públicos, aumentando la prosperidad en Paraguay. En definitiva, Carlos López reaccionó contra el aislamiento impuesto por Rodríguez de Francia, y dio a Paraguay una verdadera grandeza comercial, económica y política.

A su fallecimiento lo sucedió su hijo Francisco Solano López, quien subió al poder en momentos difíciles para el Paraguay. Se encontraban pendientes y sin solución disputas fronterizas con Argentina y con Brasil, sumando el problema sobre la libertad de navegación de los ríos.

LOS ORÍGENES DE LA GUERRA

Entramos ahora a las causas de la Guerra de la Triple Alianza, aspecto interesante de la guerra y que ha despertado grandes polémicas. Someramente, las distintas teorías sobre las causas de la guerra son:

A) La conducta del régimen de Solano López. Su gobierno fue poco prudente respecto la política en el Río de la Plata, por lo que se le responsabiliza del estallido de la guerra.

B) Brasil –y los ganaderos de Río Grande en particular– es el responsable del estallido de la guerra por su política intervencionista en la República de Uruguay. La intervención brasileña en el Uruguay, con el respaldo de la Confederación Argentina, afectó el equilibrio del área del Río de la Plata; equilibrio que Solano López defendió. La intervención del Paraguay en la crisis oriental se debió al temor de una futura intervención argentino-brasileña en su territorio.

C) La presión diplomática inglesa. La presión ejercida por Inglaterra para que Paraguay abriera su economía llevó al ministro británico ante Buenos Aires y Asunción a apoyar la política de Bartolomé Mitre contra Solano López.

D) La crisis en Uruguay, y dentro de ésta, el poder de sugestión de la diplomacia oriental sobre

Solano López para que adoptara una actitud intervencionista, respaldando al partido blanco para la defensa del equilibrio en el Río de la Plata. Conforme este argumento, ante la intervención argentino-brasileña a favor del partido colorado, el partido blanco, que gobernaba Uruguay, decidió acudir a Solano López quien intervino únicamente como garante del equilibrio que se veía amenazado.

E) El expansionismo brasileño, los recelos del régimen paraguayo de Solano López, la crisis interna oriental expresada en la lucha entre los partidos blanco y colorado, los intereses económicos de Río Grande, constituyen únicamente factores estructurales que operaban en el panorama rioplatense. Así, la Guerra de la Triple Alianza está vinculada al proceso de formación y consolidación del Estado argentino, objetivo éste que tuvo la actitud diplomática de Bartolomé Mitre respecto de Paraguay.

F) Los conflictos limítrofes pendientes entre Paraguay y la Confederación Argentina y entre Paraguay y el Imperio de Brasil. Estas disputas territoriales tenían un componente económico: el reclamo de tierras fértiles por parte de Argentina y Brasil, agravado por el problema de la fortaleza de Humaitá para la libre navegación del Río Paraná. Paraguay no pudo llegar a un acuerdo definitivo sobre sus límites territoriales con el Imperio de Brasil ni con la República Argentina. Los acuerdos Berghes-Paranhos que celebró con Brasil, y Vásquez-Guido con Argentina, ambos de 1856, fijaron un plazo de seis años para realizar la delimitación. Al finalizar el plazo, la guerra parecía ser el único medio de salir del punto muerto en que se encontraban las negociaciones.

PRINCIPALES ACTORES DE LA GUERRA DE LA TRIPLE ALIANZA

Francisco Solano López

Nació en 1826, hijo de Carlos Antonio López y miembro de una familia prestigiosa de Asunción.

Su padre, al convertirse en Presidente de Paraguay, lo educó para heredar el gobierno de su país. A los dieciocho años fue nombrado Brigadier General del Ejército de la República de Paraguay. Fue encargado de modernizar las Fuerzas Armadas del Paraguay. Viajó a París en 1853 para estudiar y comprar armas para las fuerzas armadas de Paraguay.

En el poder, Solano López introdujo innovaciones fundamentales en la política exterior paraguaya que, hasta entonces, se había abstenido de participar en los asuntos del Río de la Plata, siguiendo la doctrina de no intervención. Solano López, sin embargo, consideró que el momento de abandonar esa táctica había llegado, al ver que los conflictos empezaban a afectar intereses fundamentales del Paraguay, particularmente su independencia.

Solano López consideraba que la independencia paraguaya dependía del equilibrio del poder entre sus dos poderosos vecinos: el Imperio del Brasil y la República Argentina. Si este equilibrio se rompía en favor de cualquiera de los dos o si ambos se ponían de acuerdo, la independencia paraguaya corría peligro. Como resultado, Solano López proclamó como objetivo de su política exterior el mantenimiento del equilibrio en el Río de la Plata.

Sin embargo, las relaciones paraguayas con los países vecinos se deterioraron, destacándose las disputas territoriales con Brasil y la excesiva influencia del Imperio, de acuerdo con Solano López, en la región de la Plata. En fin, no obstante las maniobras políticas de Solano López, dos enemigos tradicionales se unieron para acabar con su gobierno.

Hasta el día de hoy, Solano López se mantiene como una figura polémica. Para algunos, su política exterior fue un desastre completo. Emprendió una guerra que no podía ganar, y su ansiedad para lograr el reconocimiento lo llevó a cometer graves errores que causaron la sumisión de Paraguay como un país libre por casi una década. Otros, sin embargo, lo consideran un héroe; un patriota que peleó contra los planes de agresión y aislamiento de Argentina y Brasil, un hombre que logró movilizar a una nación durante cinco años de guerra contra poderosos enemigos.

Bartolomé Mitre

Tras la batalla de Pavón en 1861, Urquiza abandonó su propia causa. Por su parte, el presidente de la Confederación, Santiago Derqui, huyó a Monte-

video. El vicepresidente, Juan Esteban Pedernera, reconoció la disolución de los poderes nacionales y Bartolomé Mitre quedó encargado del ejecutivo nacional. Fue reconocido como presidente de Argentina.

Se considera a Mitre como el creador de la Argentina contemporánea. Fue un afamado intelectual, escritor y político, quien dio a la nación Argentina su organización definitiva.

Durante la guerra contra Paraguay, Mitre asumió el liderazgo de las fuerzas aliadas, lo que causó, de hecho, muchos problemas. Los oficiales brasileños dudaban de su capacidad para dirigir las operaciones en la guerra y, en mayor medida, no comprendían por qué se le otorgó el liderazgo supremo a un argentino cuando casi dos tercios de las fuerzas aliadas eran tropas brasileñas.

Tras la batalla de Curupaity, en 1866, Mitre volvió su atención a los conflictos internos en las provincias Argentinas. Felipe Varela, que defendía el fin de la guerra contra Paraguay, levantó una fuerza para combatir al gobierno de Buenos Aires.

En 1868 Mitre finalmente perdió la reelección contra Domingo Faustino Sarmiento, que apoyaba la reducción de la participación Argentina en la guerra contra Paraguay. Mitre regresó a su vida como periodista y, en 1870, fundó el periódico *La Nación*. Participó en las elecciones presidenciales de 1891 sin ningún éxito.

Venancio Flores

Con el apoyo de Brasil, Venancio Flores logró ocupar la presidencia de Uruguay desde 1865. De nuevo en el poder, persiguió a sus antiguos enemigos e impuso un gobierno autoritario. Al desencadenarse la guerra firmó, junto con Argentina y Brasil, el Tratado de la Triple Alianza.

En 1865 partió con dos mil hombres a los campos de batalla, dejando encargado del gobierno a Francisco Vidal. Regresó a ocupar la presidencia en 1866. Finalmente pasó la presidencia al presidente del Senado, Pedro Varela en 1868.

Unos días después estalló una revolución dirigida por Bernardo Berro, en la que Flores fue asesinado. Sus partidarios, como venganza, mataron a Berro el mismo día. El plan de cambiar al gobierno colorado falló y la hegemonía del partido colorado duraría casi un siglo en la política de Uruguay.

Pedro II

En abril de 1831 el ejército brasileño obligó a Pedro I, Emperador de Brasil, a renunciar. Le sucedió su hijo Pedro II, que aún era un niño. Las ideas republicanas y liberales avanzaban cada vez más, y estallaban revoluciones en distintas partes del Imperio de Brasil. La política de los regentes no satisfacía a los grupos políticos brasileños, por lo que deseaban apresurar la coronación del joven Pedro II, quien gobernó desde 1840 hasta 1889.

El Imperio era en sí una República. Cuando Pedro II se alió en 1852 con las fuerzas de Urquiza que derrocaron al dictador argentino Juan Manuel de Rosas, la amistad argentino-brasileña se estrechó. Pero Brasil aspiraba a una mayor extensión territorial y a un dominio más fuerte en el oeste. Razón por la que, en no pocas oportunidades, envió delegados a Paraguay para fomentar algún conflicto con Argentina.

Paraguay se encontraba encerrado dentro sus fronteras. Mantenía una política de aislamiento bajo la dirección de José Gaspar Rodríguez de Francia. Sin embargo, esta política cambió fundamentalmente con su sucesor, Carlos Antonio López quien, con la caída de Rosas y la intervención diplomática de Francisco Solano López para lograr la paz entre Buenos Aires y Urquiza, creó una nueva simpatía entre Argentina y Paraguay.

Era preciso crear un acontecimiento inesperado para producir en la cuenca del Plata un conflicto internacional. Con ese propósito, Pedro II apoyó la acción revolucionaria de Venancio Flores, que derrocó al presidente de Uruguay, Bernardo Berro. El partido blanco, en apoyo a Berro, solicitó ayuda al gobierno de Paraguay, quien, bajo la dirección de Solano López, apresuradamente inició las hostilidades contra Brasil, seguro de vencerlo.

Pedro II tuvo un inmenso interés en el éxito de esta guerra. Sin embargo, al final de las acciones bélicas, el ejército brasileño había adquirido una gran importancia en el futuro de Brasil. La clase militar

brasileña entró en la vida política, situándose a favor del medio urbano y de los sectores exportadores.

Luego de varias revueltas, en las que el emperador no tuvo ni la energía ni el poder para anular, en 1889 se declaró la República de los Estados Unidos del Brasil.

LA GUERRA DE LA TRIPLE ALIANZA

Las primeras fases

Solano López había anunciado a Brasil que Paraguay consideraría *casus belli* cualquier invasión a territorio uruguayo, ya que se violarían los tratados existentes y porque una invasión rompería con el "equilibrio político del Río de la Plata". Fue así como interpretó la intervención de Brasil en Uruguay en 1864.

Solano López acertó en que Brasil ni Argentina prestaran atención a los intereses de Paraguay cuando formularon sus políticas exteriores; pero erró al concluir que conservando la independencia uruguaya aseguraría el futuro del Paraguay como Estado. Así las cosas, Solano López comprometió a la República de Paraguay en la defensa del gobierno del partido blanco en Uruguay.

Argentina no reacciono ante la invasión brasileña de Uruguay, motivo por el que Solano López, luego de capturar un mercante brasileño cargado con municiones, prosiguió con la invasión del Matto Grosso en 1865. Mientras tanto, el Congreso paraguayo declaró la guerra a Brasil y Argentina. A esta última por no haber autorizado el paso de tropas paraguayas por su territorio para ir a la defensa del invadido Uruguay.

Las tropas paraguayas continuaron su ataque a la provincia de Corrientes, apresando dos barcos argentinos y desencadenando la guerra total en esa región. Argentina, Brasil y Uruguay –reducido a un Estado títere– firmaron un tratado de alianza en el mayor de los secretos. Se formalizó así la guerra en toda la cuenca del Río de la Plata.

El Tratado Secreto de la Triple Alianza

El 1 de mayo de 1865 Francisco Octaviano de Almeida Rosa –en reemplazo de José María de Silva Paranhos, vizconde de Río Branco– por parte de Brasil, Carlos de Castro –canciller del gobierno de Flores– por parte de Uruguay y Rufino de Elizalde –canciller del gobierno de Mitre– por parte de Argentina, firmaron en Buenos Aires el Tratado de Alianza que permanecería secreto debido a sus cláusulas comprometedoras durante la guerra.

El objetivo estratégico de la guerra se definía en el preámbulo del Tratado y en sus artículos 6º, 7º, 11º y 12º: "la guerra es contra el Gobierno del Paraguay". Trató de sumar a la población paraguaya en una cruzada liberadora de su propio gobierno; pero en Paraguay la población estaba íntimamente unida a Solano López, del mismo modo que lo estuvo con José Gaspar Rodríguez de Francia y Carlos Antonio López, sus antecesores en la presidencia.

Como destacó Juan Bautista Alberdi:

> "Si la guerra no puede concluir es porque la política la empezó mal. Le dio por objeto la destrucción de una tiranía, y, en lugar de una tiranía tiene que destruir la libertad de una Nación, es decir, su independencia, que es la única libertad que un país no puede recibir, porque es la única que sólo el extranjero puede arrebatarle".[4]

El artículo 2º del Tratado establece que:

> "Los aliados concurrirán con todos los medios de guerra que puedan disponer en tierra o en los ríos, según sean necesarios".

Esta disposición es imprecisa, ya que dejó a cada parte la libertad de apoyar las operaciones bélicas de acuerdo a su criterio particular. De tal razón, el aliado más comprometido en la guerra pondría a disposición todos sus recursos, mientras que el resto no haría necesariamente lo mismo debido a que estaban obligados según fuesen necesarios.

4 Citado por Morales Gorleri, Claudio. *La Triple Alianza. Primera Coalición Internacional de América*. Military Review, noviembre-diciembre 2003, pág. 26.

El artículo 3º determinó la conformación de un Ejército con las fuerzas terrestres de la República Oriental del Uruguay, "una División de las fuerzas argentinas y otra de las fuerzas brasileras". El mismo artículo establecía que el mando en jefe quedaría confiado al "Presidente de la República Argentina, General en Jefe de su Ejército, Brigadier General D. Bartolomé Mitre". Su mando era relativo, ya que el mismo tratado aclaraba que "el principio de reciprocidad para el mando en Jefe en el caso de que las operaciones hubieran de pasar para el territorio Oriental o Brasilero". Se debe agregar que este artículo contenía otra particularidad: la independencia de la Escuadra brasileña del Almirante Tamandaré con respecto al mando en Jefe.

Según el artículo 6º ni la deposición de las armas o la negociación con el enemigo, ni la firma de tratados de paz, tregua, armisticio ni convención alguna para poner fin o suspender la guerra podría hacerse sin el "perfecto acuerdo de todos".

Como objetivos adicionales, el Tratado establecía quitarle a Paraguay la soberanía de sus ríos (artículo 11º); responsabilizar a Paraguay de la deuda de guerra (artículo 14º); y repartir el territorio en litigio o exclusivamente paraguayo entre la Argentina y Brasil (artículo 16º). Argentina tomaría el Chaco paraguayo hasta la Bahía Negra y el Imperio de Brasil tomaría el área fronteriza hasta el río Apa por el lado del río Paraguay y hasta el Igurey por el Paraná.

Se firmó también un protocolo adicional al Tratado de Alianza, que también quedó en secreto. En éste se acordó la demolición de la fortificación de Humaitá; el desarme de Paraguay y el reparto de sus armas y elementos de guerra entre los aliados, así como los trofeos y botines que se obtuvieran dentro de territorio paraguayo.

Para la República Argentina se exigía, por mandato constitucional, la aprobación del Tratado por parte del Congreso Nacional. El 26 de mayo de 1865 el gobierno promulgó con fuerza de ley la aprobación de las dos cámaras legislativas. El Congreso lo ratificó en sesión secreta y a libro cerrado, ignorando los representantes el texto del mismo. En Brasil fue suficiente el sello imperial "secreto" estampado por Pedro II; y en Uruguay no hubo necesidad de ratificación debido a que en el gobierno *de facto* Flores no existían cámaras legislativas.

El Tratado tuvo la clasificación de "secreto" incluso en su tratamiento legislativo. Sin embargo, se hizo público en mayo de 1866. El canciller inglés Lord Russel incluyó el Tratado secreto, traducido al inglés, en una colección de documentos diplomáticos titulados "*Blue Book*". El escándalo cobró grandes proporciones sobre todo cuando Juan Bautista Alberdi, opositor a la guerra, lo retradujo al castellano.

No obstante, el estricto control de la prensa en Argentina, el Tratado fue comentado y criticado vehementemente por la oposición. En Paraguay donde, lógicamente, también se difundió, se entendió que estaba en juego la integridad y existencia de su patria.

La publicación del Tratado por Lord Russel no puede juzgarse como un desliz. Provocó en Europa y en toda América una reacción en cadena favorable al Paraguay. La prensa internacional exigía la finalización de la guerra, lo cual convenía a los intereses de Inglaterra.

El estallido de la guerra

Solano López dividió su ejército en tres columnas expedicionarias. La primera destinada a invadir el Matto Grosso, con poco más de seis mil hombres y una escuadrilla. La segunda se dirigió a invadir Río Grande del Sur, compuesta por doce mil efectivos, mientras que el grueso de las fuerzas permanecieron bajo el mando del propio presidente.

Las fuerzas contrarias pronto comenzaron a propinar fuertes derrotas al ejército paraguayo. En Uruguayaza, junto al Río Uruguay, frontera con Brasil y Argentina, las fuerzas paraguayas fueron derrotadas el 18 de septiembre de 1865 por el ejército aliado. No obstante, el revés decisivo fue la derrota sufrida durante la batalla fluvial de Riachuelo –sobre el río Paraná–, ocurrida el 11 de junio de 1865. En esta batalla la escuadra paraguaya, compuesta por ocho barcos mercantes armados en guerra, fue derrotada y destruida por la escuadra brasileña, compuesta por diez cañoneras fluviales "con maquinaria apropiada, armamento superior y mayor velocidad".

Luego de estas pérdidas, el mariscal Solano López se decidió por la estrategia defensiva, escogiendo la fortaleza de Humaitá como eje de la defensa del territorio paraguayo. Fortificó el río Paraguay en

Curuzú y Curupaití y otros puntos, estableciendo una red defensiva que cubrió todos los posibles lugares por donde pudiera llegarse hasta aquella fortaleza. Dichas defensas obligaron a los aliados a atacar Paraguay, iniciándose la invasión el 16 de abril de 1866 con el objeto preciso de tomar y destruir la fortaleza de Humaitá.

En las batallas que sucedieron quedó manifiesto el heroísmo del ejército paraguayo, que combatió casi siempre en inferioridad de condiciones. Así, en Corrales, el 24 de mayo de 1866 se enfrentaron veinticinco mil paraguayos a cuarenta mil del ejército aliado al mando del presidente Mitre. Lo mismo sucedió en la batalla de Curupaití, el 18 de julio del mismo año, en que más de veinte mil aliados atacaron las trincheras paraguayas defendidas por cinco mil soldados. En todas las batallas quedó considerable número de muertos y heridos.

Estos brutales combates, unidos a los cambios sufridos por la opinión pública argentina, llevaron al mariscal Solano López y al presidente Mitre a reunirse en Yataití Corá el 11 de septiembre de 1866 sin ningún resultado positivo. El presidente Mitre, aunque dispuesto a llegar a la paz con Paraguay, se vio obligado por el artículo 6º del tratado de alianza a:

> "No deponer las armas sino de común acuerdo, y mientras no hayan derrocado al actual gobierno del Paraguay, así como a no tratar separadamente, ni firmar ningún tratado de paz, tregua, armisticio, cualquiera que ponga fin o suspenda la guerra, sino por perfecta conformidad de todos [los aliados]".

Brasil replicó que no se podía hablar de término de la guerra "mientras permaneciera en su suelo el presidente López".

Las fuerzas aliadas, mientras tanto, continuaron presionando sobre Humaitá. Los paraguayos demostrando gran valor durante la larga defensa, llegaron incluso a acciones desesperadas, como el asalto con canoas de los acorazados brasileños que forzaban su paso hacia la fortaleza. Esta temeraria empresa tuvo un comienzo victorioso para los paraguayos cuando se apoderaron del "Cabral"; pero el resto de la escuadra brasileña logró recuperar aquel acorazado, exterminando a los expedicionarios. Ese triunfo permitió a la escuadra brasileña forzar su paso a Humaitá en febrero de 1868 y seguir su marcha hasta Asunción.

La fortaleza de Humaitá debió ser evacuada en junio de 1868 cuando en torno a su jefe sólo quedaban un mil doscientos soldados enfermos y agotados por los combates, el hambre y las enfermedades. El mariscal Solano López se replegó hacia la línea del río Tebicuary mientras las fuerzas aliadas se reorganizaban, ahora bajo el mando del general brasileño marqués de Caixa. Pronto, y en momentos en que a Solano López le quedaban sólo diez mil hombres, en su mayoría viejos y niños, cien cañones y entre sesenta y cien proyectiles por soldado, debió replegarse. Con esas menguadas fuerzas se dieron los combates de Ytororó y Abay en diciembre de 1868, donde se distinguió el general paraguayo Bernardino Caballero, mientras que el propio mariscal Solano López trató de detener el avance de los aliados en las Lomas Valentinas, donde siete mil soldados "resistieron hasta el exterminio durante siete días" el ataque de los invasores. Después de estas acciones se derrumbó el poderío militar del Paraguay y, aunque la resistencia continuó durante el año 1869 ya eran sólo acciones desesperadas de los sobrevivientes.

Los aliados se apoderaron de Asunción el 5 de enero de 1869, saqueando y devastando la ciudad. Sin embargo, ello no doblegó el espíritu de la resistencia paraguaya. Los combates continuaron en el interior del país.

Finalmente, en Cerro Corá, el 1 de marzo de 1870, Solano López presentó su última batalla, muriendo junto con sus jefes y otros dignatarios que lo acompañaron hasta el final.

EL FIN DE LA GUERRA

Concluida la guerra empezaron las riñas entre los vencedores. El canciller argentino Mariano Varela sostenía que se debían demostrar solidarios con Paraguay, renunciando a los frutos territoriales de la victoria –actitud que según el canciller argentino también debía adoptar Brasil– apuntando así a una política "americanista" y de reconocimiento para los sobrevivientes. Afirmaba que no se debía ser exigente con el Paraguay aniquilado. Si se era no se podría esperar simpatía de ese pueblo cuando renaciera, pero sí las tendrían si se contempla en sus desgracias, a pesar de los enormes sacrificios y de la sangre derramada.

Varela reafirmó su pensamiento, señalando que casi todas las naciones mostraron su horror ante la guerra del Paraguay, razón por la que Argentina no debía dar pretextos para que estos Estados confirmaran sus recelos. Terminó por definir su pensamiento opositor a la guerra sosteniendo que "la victoria no da derechos a las naciones aliadas para declarar por sí, límites suyos los que el tratado señaló".

El fundamento principal de la tesis de Varela era que la intervención del gobierno argentino en la guerra se debió a las agresiones cometidas por Solano López contra Argentina, más no por reclamos territoriales. Mitre, por su parte, criticó la doctrina de Varela afirmando que si la victoria no da derechos, había sido un crimen emprender la guerra, obra política suya. Mitre sostenía que "cuando la guerra se hace con un propósito, y la victoria decide, el derecho es de quien la obtiene".

Juan O'Leary comentando la tesis de Varela sobre una victoria sin pérdida de territorio, señaló:

"El ministro de Sarmiento pronunció esa frase cuando el ministro de Brasil, apartándose de la alianza, había ajustado un convenio de límites con el vencido, sin cumplir la obligación de solidaridad con el otro vencedor.

Por virtud de ese acuerdo, el Brasil adquiría 62,325 kilómetros cuadrados de territorio, comprometiéndose a oponer una resistencia en caso necesario para impedir que prosperasen las pretensiones de la República Argentina, si ésta tomaba posesión de las cuarenta mil leguas cuadradas del Chaco y de las mil quinientas que en las Misiones Orientales se había atribuido por el artículo 16 del Pacto de Alianza.

El barón de *Cotcpeji*, ministro del Imperio en la Asunción, hacía ostensible el propósito de impedir los planes de Sarmiento. No obstante esto, el gobierno de Buenos Aires se apoderó de cinco mil leguas cuadradas, sin discusión.

El territorio que los paraguayos perdieron como resultado de una victoria que no dio derechos, fue de 118,415 kilómetros cuadrados.[5] Sufrieron una ocupación de seis años y se les impuso una deuda abrumadora".[6]

Influenciado por su antecesor, el presidente argentino Domingo Faustino Sarmiento, finalmente abandonó la política exterior de Varela, quien fue reemplazado por Carlos Tejedor. Al mismo tiempo, las relaciones entre la República Argentina y el Imperio del Brasil se tornaron particularmente difíciles.

Empezó, pues, la delimitación de Paraguay. La misma fue objeto de complicadas negociaciones que resultaron en el convencimiento del pueblo paraguayo que los vencedores en la guerra sacrificaron su territorio.

Eliminado el tirano, se reunió un Congreso Constituyente en 1870; el Paraguay quedó organizado como todas las otras naciones hispanoamericanas, aun cuando sólo para ofrecer el cuadro

5 De acuerdo con Gall, Francis (compilador. *Diccionario Geográfico de Guatemala*. Tomo II. Instituto de Geografía Nacional, Guatemala, 1978), Guatemala tiene una extensión territorial aproximada de 131,800 kilómetros cuadrados.

6 Citado por Pereyra, Carlos. *Breve Historia de América*. Cuarta Edición. Editorial Aguilar. México, 1958, pags. 442-443.

legal de un orden que entonces era imposible alcanzar en ese país y en los demás del Río de la Plata.

Tratado celebrado entre la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay

En junio de 1870, Paraguay firmó el primero de los varios tratados que celebraría con los vencedores de la guerra. El Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación celebrado con la República Oriental de Uruguay, denominado Miranda-Sierra Carranza, fijó las bases para las futuras relaciones entre ambas repúblicas y para evitar nuevas perturbaciones en la región.

El Tratado estableció la libre navegación en todos los ríos de Paraguay por buques orientales, de conformidad con lo establecido en el artículo 11° del Tratado de Alianza:

> "Derrocado que sea el gobierno del Paraguay, los aliados procederán a hacer los arreglos necesarios con las autoridades constituidas, para asegurar la libre navegación de los ríos Paraná y Paraguay, de manera que los reglamentos o leyes de aquella República no obsten, impidan o graven el tránsito y navegación directa de los buques mercantes o de guerra de los Estados Aliados, que se dirijan a sus respectivos territorios o dominios que no pertenezcan al Paraguay, y tomarán las garantías convenientes para la efectividad de dichos arreglos, bajo la base de que esos reglamentos de política fluvial, bien sean para los dichos dos ríos o también para el Uruguay, se dictarán de común acuerdo entre los aliados y cualesquiera otros estados ribereños que, dentro del término que se convenga por los aliados, acepten la invitación que se les haga".

Paraguay reconoció, asimismo, como propias las deudas del Uruguay por gastos de guerra y los daños y perjuicios causados a los ciudadanos uruguayos.

Delimitación fronteriza y Tratado celebrado entre la República de Paraguay y el Imperio de Brasil

En enero de 1872 Paraguay, finalmente, firmó el Tratado Límites con Brasil. Fue suscrito por el plenipotenciario brasileño, Barón de Cotepeji, y por Carlos Lóizaga por la República del Paraguay, quien reemplazó al Ministro de Relaciones Exteriores –José Falcón–, gran conocedor de la historia jurídica del *uti possidetis* paraguayo.

Lóizaga firmó el tratado que consagraba las estipulaciones del Tratado de la Triple Alianza sin variación alguna, perdiendo Paraguay todo el territorio comprendido entre el río Ygurey hasta la cordillera del Mbaracayú, territorios al norte del río Blanco hasta el río Apa. Paraguay perdió en total ante Brasil una superficie de sesenta y dos mil trescientos veinticinco kilómetros cuadrados, dando fin a una guerra que, a lo largo de cinco años, destruyó el suelo paraguayo.

Tratado celebrado con la República Argentina. Arbitraje Internacional

Respecto de las pretensiones argentinas sobre el territorio paraguayo, Bartolomé Mitre, profundo conocedor de la historia Americana, sostenía que Argentina sería beneficiada con el territorio comprendido entre los ríos Bermejo y Pilcomayo, tierra ésta que nunca poseyó.

Tras arduas negociaciones, en 1876 se procedió a la firma del Tratado de Paz, Amistad y Límites entre el Paraguay y la Argentina, conocido también como Tratado Machain-Irigoyen. El Tratado concedió a Argentina todo territorio comprendido entre el río Bermejo y el río Pilcomayo y, a su vez, sometió los territorios comprendidos entre el río Pilcomayo y el río Verde a un arbitraje en el que se nombró al presidente de los Estados Unidos de América como árbitro. Argentina renunció en este Tratado a sus pretensiones sobre los territorios situados entre el río Verde y Bahía Negra.

Paraguay envió un emisario a Washington para defender sus derechos. El presidente de los Estados Unidos de América, Rutheford Hayes, dictó su fallo el 12 de noviembre del año de 1877, en los siguientes términos:

> "Hago saber que yo, Rutheford B. Hayes, Presidente de los Estados Unidos de América, habiendo tomado en debida consideración las referidas exposiciones y documentos, vengo a decidir por la presente que la expresada República del Paraguay, tiene legal

y justo título a dicho territorio situado entre los ríos Pilcomayo y Verde, así como a la Villa Occidental, comprendida dentro de él".

Luego de dictado el fallo, Paraguay tomó posesión efectiva del territorio acordado el 14 de mayo del año de 1879.

Sin embargo, la mutilación al territorio paraguayo se había consumado. Con el Tratado que puso fin a la guerra con Argentina, Paraguay perdió la parte del Chaco comprendida desde los ríos Bermejo hasta Pilcomayo. Un área de setenta y cinco mil ciento diez kilómetros cuadrados, además de los territorios de las Misiones, los cuales históricamente dependieron de Asunción, reconocido tal extremo en el Tratado de 12 de octubre de 1811 celebrado con Argentina. Así culminó la delimitación de fronteras entre Paraguay y Argentina.

CONCLUSIÓN

La importancia del territorio para los Estados es incuestionable, razón misma que los conflictos para establecerlo se hacen inevitables. Esta situación ha llevado a que en el derecho internacional contemporáneo, se reconozca como un derecho de los Estados tener límites definidos y determinados y, al mismo tiempo, una obligación internacional tener sus límites y fronteras perfectamente determinados y definidos.

El breve estudio realizado sobre la Guerra de la Triple Alianza, sus causas y efectos, ilustra cómo el uso de la fuerza fue el medio común utilizado por los Estados para solucionar conflictos; cómo la guerra se consideró la mejor opción ante el fracaso de la diplomacia. De tal manera, se puede decir que, al ser la política exterior la que dirige al Estado, y que en ella se resume la política interna, la guerra es la continuación de la política por otros medios, violentos y sangrientos. En suma, se demuestra cómo algunos Estados se embarcaron en largas empresas para acrecentar sus territorios, a pesar de las grandes pérdidas humanas que representaban.

En los últimos años se ha acentuado el recurso a los métodos pacíficos de solución de controversias internacionales, como consecuencia lógica de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Así, la Carta de Naciones Unidas en su artículo 2.4 estableció que los Estados "se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (...)"; y en igual sentido se ha consagrado como una norma del *ius cogens* en el derecho internacional.

En el ámbito regional también existe la prohibición al uso de la fuerza. La Carta de la Organización de Estados Americanos señala en su artículo 5.e que "los Estados Americanos condenan la guerra de agresión; la victoria no da derechos".

Con tal propósito se han puesto a disposición de los Estados distintos métodos para que pongan fin a "controversias cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". La Carta de Naciones Unidas enumera así "la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos de su elección"[7] como los métodos apropiados y permitidos por esta organización para dar fin a los conflictos interestatales, incluyendo los territoriales.

Por su parte, la Carta de la Organización de Estados Americanos enumera como procedimientos pacíficos para la solución de controversias "la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes".[8]

Sin embargo, aún y cuando es cada vez más frecuente el recurso a métodos como el arbitraje,[9] mediación,[10] e incluso acudir ante la Corte Internacional de Justicia[11] como formas de solucionar sus conflictos, "normalmente la frontera surge de un arreglo en que ha servido de base algunas veces la fuerza, otras la

7 Cfr. Artículo 33.1 Carta de la Organización de Naciones Unidas.
8 Cfr. Artículo 21 Carta de la Organización de Estados Americanos.
9 Cfr. Caso de Guinea Bissau-Guinea y caso de Eritrea-Yemen.
10 Cfr. Caso del Estrecho de Beagle, entre Argentina-Chile, y caso de Belice-Guatemala.
11 Cfr. Namibia-Botswana, Bahrein-Qatar y Guinea Bissau-Guinea, como algunos de los casos más recientes.

diplomacia o la amenaza, la venia o el convenio pacífico. Pero casi nunca la igualdad y la justicia. Es un germen en estado latente que se reactiva a la menor incitación de un conflicto internacional, con la esperanza de reajustarse a sus necesidades geopolíticas o ambiciones expansionistas".[12]

Se debe cambiar esta situación. No se puede aceptar que un país con mayor fuerza militar o económica o diplomática tenga mayores ventajas en un litigio territorial. Debemos aprender de la historia y luchar por nivelar las distintas categorías de Estados, y así lograr los ideales del presidente W. Wilson: "la igualdad de las naciones (...) debe ser también una igualdad de derechos; las garantías establecidas no deben reconocer o implicar una diferencia entre naciones grandes y pequeñas, entre las poderosas y las débiles".

BIBLIOGRAFÍA

De Gandía, Enrique. *Nueva Historia de América. Las Épocas de Libertad y Anti-Libertad desde la Independencia*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1946.

De Ramón, Armando; Couyoumdjian, Ricardo; Vial, Samuel. *Historia de América*. Tomos II y III. Editorial Andrés Bello. Chile, 1993.

Escudé, Carlos y Cisneros, Andrés. *Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas*. En http://www.argentina-rree.com/historia.htm. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2000.

Gall, Francis (Compilador). *Diccionario Geográfico de Guatemala*. Tomo II. Instituto de Geografía Nacional, Guatemala, 1978.

Halajczuk, Bohdan T. y Moya Domínguez, María Teresa. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición. Editorial Ediar. Argentina, 1999.

Merrills, J. G. *International Boundary Disputes in Theory and Practice: Precedents Established*. En Peaceful Resolution of Major International Disputes. Edited by Julie Dahlitz. United Nations. New York, 1999.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. República Argentina. En http://www.mrecic.gov.ar/

Ministerio de Relaciones Exteriores. República de los Estados Unidos del Brasil. En http://www.mre.gov.br/

Ministerio Relaciones Exteriores. República del Paraguay. En http://www.mre.gov.py/

Ministerio de Relaciones Exteriores. República Oriental del Uruguay. En http://www.mrree.gub.uy/mrree/home.htm

Morales Gorleri, Claudio. *La Triple Alianza. Primera Coalición Internacional de América*. Military Review, Noviembre–Diciembre 2003.

Pereyra, Carlos. *Breve Historia de América*. Cuarta Edición. Editorial Aguilar. México, 1958.

Pinochet Ugarte, Augusto. *Geopolítica*. Segunda Edición. Editorial Andrés Bello. Chile, 1974.

Von Clausewitz, Kart. *De la Guerra*. Primera Edición. Editorial Labor. España, 1984.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

Tratado de la Triple Alianza. Firmado: Buenos Aires, 1 de mayo de 1865.

Protocolo al Tratado de la Triple Alianza. Firmado: Buenos Aires, 1 de mayo de 1865.

Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación entre Uruguay y Paraguay. Firmado: 20 de junio de 1870.

Tratado de Límites entre Argentina y Paraguay. Firmado: Buenos Aires, 3 de febrero de 1876.

Tratado de Límites entre Brasil y Paraguay. Firmado: Asunción, 9 de enero de 1872.

Fallo Arbitral del Presidente de Estados Unidos de América. Washington, 12 de noviembre de 1878.

Carta de Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio 1945.

Carta de la Organización de los Estados Americanos. Bogotá, 30 de abril de 1948.

12 Pinochet Ugarte, Augusto. *Geopolítica*. Segunda Edición. Editorial Andrés Bello. Chile, 1974, pág. 164.

Reconocimiento

POR JAQUELINE HAZBUN, ESTUDIANTE DE TERCER AÑO DE LA FACULTAD DE DERECHO
FOTOS: ALFONSO CARRILLO, ESTUDIANTE DE SEGUNDO AÑO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Entrevista a: Licda. María Luisa Beltranena de Padilla

La Licenciada María Luisa Beltranena de Padilla, "la Mau" para quienes la conocen un poco mejor, reúne, entre otras cosas, el mérito de haber sido la primera mujer en ocupar un puesto en la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Educación y la Decanatura de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por no mencionar una intachable carrera académica y profesional, la cual ha dejado un rastro de incontables condecoraciones y honores. Una fuente de inspiración para sus alumnos y para las personas que comparten su vida, la Licenciada Beltranena de Padilla mantiene su presencia siempre inseparable de su notoria humildad.

Empecemos por su último logro, el premio John Mills que le otorgó la Universidad de Florida. ¿Podría contarnos un poco sobre su labor con esta institución?

Todo comenzó hace muchísimos años, yo todavía era secretaria de la facultad de derecho de la Universidad Rafael Landívar cuando se presentó Michael Corrs. Ellos tenían en la Universidad de Florida un curso sobre Relaciones Internacionales Jurídicas entre Estados Unidos y América Latina. Comencé a moverme y conseguimos en ese momento la casa de la SIECA, en Antigua, la cual nos proporcionaron gratuitamente para poder impartir el curso. Ahí comenzó la relación con él y posteriormente, fue un éxito el curso, el cual se llevó a cabo un año más, pero después por razones presupuestarias de la Universidad de Gainsville, tuvo que ser cancelado. Posteriormente la Universidad de Florida comenzó a impartir sus cursos en Florida y entonces fui a dar tres semanas de derecho guatemalteco a estos jóvenes que de alguna forma u otra van a integrar todo el grupo de abogados empresarios que tienen que ver con América Latina. Esa ha sido nuestra comunicación con ellos, realmente el premio me lo otorgaron, yo diría realmente sin merecérmelo porque fue a mí a quien dieron la oportunidad de conocer, en primer lugar, la inquietud de los profesionales del derecho en América Latina, el ver la transformación del estado de la Florida a la puerta de entrada entre ambos países, y creo que esa es la razón de la amistad que se formó.

El documento sobre derecho privado en las Américas es una obra muy elogiada y completa. Siendo usted la directora del área privada en la Universidad Francisco Marroquín, especialmente en familia, sabía usted que su libro de Derecho Civil es el libro de texto recomendado en las facultades de derecho de Guatemala para tratar el tema.

No, no lo sabía, honestamente.

Según tengo idea, usted viene de una familia de abogados, ¿Cómo fue ese crecimiento?, ¿Cómo influyo?

En Guatemala, la abogacía era una de las profesiones mayor buscadas. Mi abuelo era don Manuel Valladares Rubio, un abogado que fue un gran escritor. Mi padre se graduó a los 18 años de abogado y notario y no podía ejercer porque no era mayor de edad. Tuvo que esperar 2 años a cumplir 21 años y poder comenzar independientemente el ejercicio de su profesión. Después Luis, mi hermano, es un gran abogado. Cuando yo era pequeña siempre quise estudiar una carrera. Claro que me hubiera gustado la medicina he de decir, porque me gustaba mucho atender gente, pero al darme cuenta al crecer la carrera que yo había mamado era el derecho. Mi mamá siempre quiso ser abogada también, pero era mujer y en aquel entonces la mujer no tenía acceso a la universidad. Me incorporé a la primera universidad privada que había en Guatemala, y ahí me gradué y desde entonces he tenido mucho contacto con todas las universidades de Guatemala, sobre todo con las facultades de derecho. Creo que lo llevo y no es competencia, porque cada uno de los abogados de mi familia ha tenido su papel preponderante, más bien creo que me dieron ese amor al derecho.

¿Tuvo algún tipo de oposición o algún problema siendo mujer en aquel entonces?

Al principio, porque hasta hicieron apuestas que no terminaba la carrera (nunca me las pagaron). Les demostré, porque sí la saqué. Cuando fueron las

prácticas en los juzgados para el bufete popular, fue difícil porque no estaban acostumbrados a recibir a las mujeres a pedir expedientes y trataban de humillarnos lo más posible pero nunca lo consideré una humillación si no una forma de conocer a mi pueblo. De conocer la forma cómo tenemos que luchar y tenemos que salir adelante, pero yo me alegro porque eso me permitió también abrir otras puertas en mi vida, porque hoy en día no hay un puesto que se considere que una mujer no es capaz para llevarlo a cabo. En las aulas ahora vemos más mujeres que hombres, yo creo que es una carrera que la tranquilidad y la honestidad que caracteriza a la mujer es muy propia de ella.

Usted ha sido pionera rompiendo barrera de género siendo la primera mujer en ser Ministra de Educación y de tomar posición en la Corte Suprema de Justicia.

Sí, pero no creo que tuviera el conflicto en aquel entonces, sé que era vedado pero por el hecho de que realmente no había personas preparadas, creo que me tocó romper, cierto, me acuerdo cómo se pusieron de contentas mis compañeras, cuando asumí la Corte Suprema de Justicia como Magistrado Vocal Séptimo porque era la primera vez que llegaba una mujer a esa posición, y yo les decía: así tiene que ser y desde entonces casi cada corte en Guatemala ha tenido por lo menos dos o tres mujeres. El Ministerio de Educación, después de mí sólo un hombre lo ha ocupado, después todas han sido mujeres, por esa misma sensibilidad. Fui también, la primera decana en la zona académica de Guatemala, sobre todo en derecho, que era una carrera de hombres. Ahora todos están preparados, no es una discriminación por género, ahora están igual preparadas o más, que los varones.

¿Nos podría hablar un poco de sus iniciativas en el Ministerio de Educación, sobre todo sobre la educación de la mujer rural?

Lo que más me preocupaba era la diferencia en la posibilidad de las niñas de poder ir a la escuela, porque las niñas son, en la familia guatemalteca, una fuente económica enorme, ella es la que ayuda en los quehaceres de la casa, el costo económico de enviar a una niña a la escuela es enorme. Porque el niño puede ayudar antes o después de la escuela, pero la niña por el tipo de labores no puede. Ahí sí tuve que ser discriminatoria porque sabía que era muy difícil que se desprendieran de las niñas, mujeres. Por eso se constituyen becas para las niñas. No fue idea mía sino de la ID y de un grupo muy especial de la actual primera dama de la nación, llamado eduquemos a la niña. Y logramos ese impulso en la educación, no se ha logrado la incorporación de la secundaria, pero fue un gran paso.

¿Actualmente se dedica un poco mas al ámbito académico, cuál ha sido su experiencia en este contorno?

Yo creo que ha sido lo que más me ha gustado. Siempre le dije al Licenciado que me daba Civil (que fui su auxiliar), Don Vicente Rodríguez, que si yo hubiera sabido que a mí me gustaba dar clases, yo me hubiera quedado nada más de maestra. Esa ha sido mi pasión, creo que es un poco egoísta, porque me siento tan joven como lo son mis alumnos, estoy viviendo sus problemas y dificultades y gozo sus triunfos, o sea cada vez que veo un privado de 100 ó de 95 me digo, ese es el triunfo que se logra a través de su esfuerzo. Las experiencias son enormes, es una forma de estar, de conocer. Aparte el compañerismo con los demás docentes, creo que no hay unidad social más fuerte que aquellos que tenemos un mismo objeto, entonces tengo que agradecer hasta eso, de tener los grandes amigos que tengo.

Por último, he escuchado comentarios sobre sus cátedras por parte de alumnos, sobre cómo luego de recibir su cátedra se sitúan en el porqué estudiar derecho. Palabras como "impresionante" e "inspiradora" son usuales para describirla, ¿Quisiera compartir algo con ellos?

Creo que me hacen demasiado favor, honestamente, lo que pasa es que amo el derecho, yo litigué bastante tiempo, me fascinó litigar y al mismo tiempo daba clases. Sé lo que fue mi ingreso a la universidad en aquel entonces, aquel espacio casi limbo en el que uno se encuentra. No sabe si su elección fue buena o si va a lograr sus objetivos, entonces creo que ese es el momento más importante para explicarles cuánto tienen que amar al derecho. Talvez eso es, ver que no lo dejo, que no tiré la toalla, que no puse mi título en una cocina o en un cuarto sino que siempre me acompaña. Fue difícil, yo tengo mis hijos y es una carrera difícil, sobre todo para una mujer que tiene que compartir esa faceta. Pero se puede, eso les puedo decir a todos, el derecho es una carrera satisfactoria que les llena su vida y que pasa a ser parte de su ser y jamás se desprende.

SEMANA JURÍDICA
Universidad Francisco Marroquín

Lunes 19

El señor presidente
Análisis de la novela por el Doctor Oswaldo Salazar, doctor en filosofía y letras; y por el doctor Fernando Feliu-Moggi, catedrático de la Universidad de Colorado, Estados Unidos, 9:00 am. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media. Exposición histórica sobre Manuel Estrada Cabrera.

Martes 20

Reconocimiento al autor nacional
Reconocimiento al Ingeniero Francisco Pérez de Antón, catedrático, empresario y escritor, por su libro *Los hijos del incienso y de la pólvora*, 10:00 am. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media. Comentario sobre la novela por el escritor Adolfo Méndez Vides.

Hacia una formación más humanista
Ingeniero Francisco Pérez de Antón

Todos los desequilibrios son peligrosos, en especial los educativos. Y el triste caso de John Stuart Mill, uno de los economistas más celebrados de la historia, sea tal vez el mejor ejemplo de cómo el desbalance formativo puede derivar en una severa crisis de las que cuesta toda una vida recuperarse.

Con sólo trece años, Mill había sido iniciado por su padre en las obras de Adam Smith, Juan Bautista Say y David Ricardo. La obra jurídica de Jeremy Bentham, de quien habría de ser su divulgador más destacado, tampoco le era desconocida. El tratado benthamita sobre Filosofía del Derecho, por ejemplo, fue la argamasa que, como el propio Mill confesaría más tarde, unió todas las piezas de sus conocimientos y creencias.

Estas y otras lecturas harían que, con escasos veinte años, Mill se convirtiera en un joven/viejo, agarrotado por un método educativo que sometía su mente a la rígida disciplina intelectual que le había impuesto su padre. Los escritos del joven en torno al principio de la población o las teorías del valor, el dinero y el comercio internacional dejaban boquiabiertos a quienes le leían y escuchaban. Pero, al mismo tiempo, esa extraordinaria habilidad para el análisis abstracto había resecado en gran medida su capacidad de sentir y emocionarse.

Un día de otoño de 1826, cuenta Mill en su *Autobiografía*, "me encontraba en un estado de nervios apagado, como el que ocasionalmente puede padecer cualquiera, indiferente a toda excitación de goce o agrado; uno de esos estados durante los cuales lo placentero se convierte en algo insípido e indiferente, y en el que, según creo, se hallan los conversos al metodismo cuando les asalta su primera *conciencia de pecado*. En esa disposición de mi espíritu se me ocurrió preguntarme: Supón que todos tus fines en la vida estuviesen realizados, que todos los cambios de instituciones e ideas que ansías se llevaran plenamente a cabo en este mismo instante, ¿sería esto

para ti una gran alegría y felicidad? Una voz irreprimible dentro de mí contestó claramente: ¡no! Y mi corazón quedó abatido, así como los cimientos en que se fundaba mi vida".

Aquel joven que con el afilado bisturí de su talento diseccionaba como pocos las entrañas de complejos asuntos sociales, no podía explicarse qué le sucedía ni menos aún capear el inesperado vendaval que azotaba su espíritu. A consecuencia de ello, Mill cae en una profunda depresión. Y ni la admiración que le rinde la sociedad de su tiempo ni el aplauso académico que despierta pueden compensar su desánimo. Mill sigue estudiando y escribiendo, pero sólo por inercia. Hay algo dentro de él que no funciona. Se siente inseguro. Su vida parece haber perdido el cauce por el que transcurría. Incluso padece preocupaciones obsesivas, tales como la de que un día se agoten las combinaciones de notas y sea imposible componer más música. Y sólo una lectura accidental le vendrá a sacar de la sima en que había caído. "Me hallaba leyendo –dice– las *Memorias* de Marmontel [enciclopedista francés, hijo de un modesto sastre, seguidor de Voltaire y uno de los escritores que más contribuyeron a la propagación de las ideas que desembocaron en la Revolución Francesa], cuando llegué al pasaje que relataba la pobreza de su padre y la mísera situación de la familia... Una viva representación de la escena me dominó y entonces rompí a llorar."

Mill descubría así, de manera tan fulminante como inesperada, que la razón y las emociones operan en esferas diferentes y que la inactividad en alguna de ellas se acaba por traducir en su disfunción o deterioro. La sensibilidad del joven economista, reprimida por su padre desde la más tierna infancia, explotaba sin reservas. Pero sus sentimientos más nobles carecían del necesario vigor para resistir la disolvente influencia de una formación orientada a la exclusiva gimnasia del racionalismo.

El equipaje con el que Mill viajaba por el mundo carecía, en definitiva, del instrumental necesario para recibir y asimilar experiencias como la mencionada más arriba. Y comprendiendo que su educación había sido hasta ese día incompleta, tratará de cultivar el lado más sensible de su yo, recurriendo a la poesía de Wordsworth, en la cual habrá de descubrir, según sus propias palabras, las fuentes originarias de la felicidad. Su vida dará a partir de ahí un vuelco que será aún más acusado cuando se enamore de Harriet Taylor y deje de ser el rígido benthamita que había sido, pero nunca llegará a recuperarse de la depresión emocional que, con solo veinte años de edad, le marcó por el resto de su vida.

La enseñanza a extraer de este penoso suceso es que una formación intelectual incompleta, vale decir, una educación carente de los placeres estéticos, sicológicos y emocionales que las humanidades deparan, suele desembocar en crisis parecidas a la que sufrió el joven Mill. Es algo que se sabe desde antiguo: el desarrollo de nuestras habilidades racionales debería ir a la par de nuestras capacidades creativas, a las cuales son propensas las humanidades y las artes. Y sin embargo, la segunda mitad del siglo XX habría de ver una marcada decadencia educativa de estas últimas materias en beneficio del cientificismo. El resultado de todo ello sería lo que Friedrich A. Hayek ha llamado "un tiempo de superstición", esto es, una época en la que las personas creen saber más de lo que saben por sobrestimar los alcances de la ciencia, paradójico legado de la *Edad de la Razón*, gran adversaria en su día de toda manifestación supersticiosa.

La razón, venía a decir Hayek, no puede explicar por sí sola el mundo, ni la sociedad humana es una *construcción* que la ciencia pueda diseñar como se diseña un puente o modificar siguiendo los postulados de las ciencias exactas. La ingeniería, la economía o el derecho son disciplinas que propenden a racionalizar la vida social y a organizarla, asignando prioridades y estableciendo reglas de juego. Otro tanto se podría decir de la burocracia, pública o privada, con sus reglamentos, sus ordenanzas, sus formularios y sus colas. Pero la lógica y la razón que estas fuerzas imponen a la convivencia no bastan para ordenar ni entender la vida, pues no siempre la vida es lógica ni razonable. La falacia secular según la cual el hombre es eminentemente racional no se sostiene a la vista de las atrocidades y los absurdos que observamos a diario y que constata la historia. Existe un lado oscuro en el corazón humano, una zona de sombra situada al otro lado de esa frontera difusa donde concluye nuestra capacidad racional y comienza la agreste naturaleza heredada de nuestros oscuros orígenes que la razón es incapaz de alumbrar. De ahí que el ser humano continúe siendo, pese a los progresos de la civilización, ese cristal opaco, esa

ecuación sin resolver ante cuyos muros la ciencia parece condenada a darse de cabezazos.

Muchos centros de enseñanza superior, sin embargo, prefieren impartir una educación fundada en conocimientos técnicos o prácticos con objeto de hacer de cada joven una especie de *homo faber*. Otros, como ocurre aún hoy en universidades de sesgo marxista, se imparte un método de análisis basado en la superstición de un presunto destino manifiesto de la humanidad, una suerte de profecía social susceptible de ser extendido a todos los ámbitos de la vida. A causa de todo ello, muchos jóvenes concluyen sus carreras con vacíos o lagunas que les dejan propensos a caer en crisis como la sufrida por John Stuart Mill.

No descubriré, por tanto, el agua hervida si digo que ni el profetismo ni la ciencia se bastan para entender las complejidades o el futuro de las acciones humanas. Como Charles Chaplin parodió con genial intuición en *Modern times*, el ser humano pierde espontaneidad y potencial creativo cuando se sujeta a hábitos mentales que robotizan su vida. En el peor de los casos, tales hábitos se traducen en ideologías aparentemente *científicas* que tratan de imponer a la sociedad un funcionamiento inflexible, así como formas de vida empobrecedoras que dan lugar a sociedades con escasos grados de libertad personal, semejantes a las descritas en las novelas de Huxley (*Un mundo feliz*), Orwell (*1984*) o Skinner (*Walden 2*).

El auge de este tipo de educación, sin embargo, parece haber llegado a su límite. El retorno al cultivo y al estudio de las humanidades es un hecho en todo el mundo y tanto Estados Unidos como Europa reconocen hoy que la decadencia intelectual de un país y de una sociedad obedece al abandono de estos estudios en beneficio de una formación excesivamente especializada. De resultas, las humanidades han empezado a abandonar el *guetto* en el que estuvieron arrumbadas varias décadas para ocupar el espacio que les corresponde en la educación media y superior de nuestro tiempo.

El motivo se debe sin duda a que la creación es el primer fruto de la libertad, como los humanistas del Renacimiento advirtieron en su día. Creación en las artes, en la ciencia, en la política y, sobre todo, en la posibilidad de hacernos a nosotros mismos, que es siempre una tarea sin límites. Todo es humano en la humanidad, decían, porque hay un impulso natural en nosotros, una curiosidad innegable, en conocer los secretos del Universo, sus bienaventuranzas y sus gozos. Y partiendo de un principio clásico (*hombre soy y nada humano me es ajeno*), enunciado por Terencio, y de otro propio (*el hombre es el centro de todas las cosas*), aquel humanismo daría a la civilización figuras como Leonardo, Montaigne, Miguel Ángel, Castiglione o Cervantes, hombres que no se conformaron con un solo saber y que llevaron su arte a alturas extraordinarias.

Ahora bien, ¿por dónde empezar? ¿Qué hacer para enriquecer el pensum universitario con materias que permitan a los jóvenes un desarrollo intelectual más completo? Con seguridad, las ideas pueden ser numerosas, pero ya que he citado algunas obras literarias cuya temática gira en torno a sociedades basadas en el constructivismo racionalista que criticaba Hayek, quisiera referirme brevemente a la literatura como una de las artes que, en la experiencia de Mill y otros muchos, mejor puede contribuir a equilibrar la balanza educativa.

La literatura emociona, nos hace reír y llorar, nos traslada a mundos desconocidos, nos interna en esa zona de sombra que condiciona nuestras vidas desde la cuna o nos invita a correr aventuras que jamás imaginamos. Citaré un par de ejemplos: *El corazón de las tinieblas*, de Joseph Conrad, novela esclarecedora sobre los excesos de la colonización belga en el Congo, y *El perfume*, de Patrick Suskind, un relato alucinante sobre las inclinaciones de un perfumista asesino. Quienquiera que se adentre en estas dos historias podrá hallar algunas respuestas a esas oscuras perversiones del ser humano que imposibilitan la existencia de sociedades totalmente racionales como las que pretende el constructivismo.

El arte de la palabra escrita, así y todo, no despeja todas las incógnitas de nuestra existencia. Pero, tal y como le ocurrió a Mill, puede servir de bálsamo espiritual, si no tabla de salvación, en nuestras horas más bajas. Dedicar tiempo a lecturas que nada tienen que ver con nuestra profesión es una de las actividades más refrescantes en las que uno puede sumirse cuando aparece esa grima que nos hace sentir interrogante sin respuesta. La prueba es muy sencilla: basta leer

unos versos de Darío, de Machado o de Borges o una buena novela para percibir de inmediato que el aire fresco penetra en nuestro espíritu enrarecido.

No obstante, con frecuencia escuchamos decir que no se debe perder el tiempo en fantasías o que la realidad es ya bastante dura como para andarse con novelas y lirismos. Se trata de un error muy frecuente de quienes creen que el propósito de la literatura, y del arte en general, se limita a distraer o a procurar un simple placer estético.

Lo que, excuso decir, no es verdad. La buena literatura invita a la reflexión y al encuentro con nuestro yo perdido en la maraña de lo cotidiano. Como ha escrito Vargas Llosa, ejemplo de intelectual, por cierto, que ejercita con igual talento la razón que la fantasía, las novelas no son sinónimo de irrealidad, pues no se escriben para contar la vida, sino para transformarla. La buena literatura lleva siempre al descubrimiento de nosotros mismos, de algún sentimiento inexplicable o de alguna verdad olvidada u oculta. Toda novela además, por delirante que sea, dice el autor de *La fiesta del Chivo*, hunde sus raíces en la experiencia humana. De ella se nutre y alimenta, y sus mentiras e invenciones sirven para llenar las insuficiencias de la vida, pues la realidad suele ser demasiado pobre, y nuestros conocimientos demasiado estrechos, como para hacernos del todo felices. La literatura, en cambio, consigue descubrir verdades o alegrías enterradas en los hondones del espíritu y nos permite ser más sin dejar de ser quienes somos.

El que suscribe, y permítaseme personalizar el tema para concluir, no pasó por una experiencia tan traumática como la de John Stuart Mill, pero tampoco anduvo muy lejos. Mi familia quiso que estudiase ingeniería en lugar de filosofía y letras, que era lo que más me atraía a esa edad en la que no se sabe muy bien cuál es nuestra verdadera vocación. Decían que con una carrera así nunca podría mantener una familia. Les hice caso, pero nunca dejé de cultivar mi afición a la literatura, adquirida en el colegio de frailes donde estudié el bachillerato. A ella dediqué mi tiempo libre y estoy cierto de que, gracias a ella, logré equilibrar mi vida. Tiempo después, dispuse estudiar Economía, pensando que necesitaba entender un mundo cuya mecánica escapaba a mis conocimientos. Pero al cabo de unos años reparé que ni la ingeniería ni la economía ni ese arduo ejercicio de racionalidad que es la administración de empresas me hacían feliz. No estallé en lágrimas como el joven Mill ni la depresión me puso cerco, pero sí llegué a la conclusión de que media vida dedicada al intenso y casi exclusivo ejercicio de la ciencia era más que suficiente.

Hoy, sin embargo, juzgo que mi familia estaba en lo cierto y que si me hubiera dedicado a la literatura desde muy joven no hubiera comprendido el mundo tal y como es, sino acaso como debería ser, lo cual es limitante e ilusorio. Y me alegro de haber podido integrar en la medida de mi capacidad ciencias y humanidades y de no haber seguido en exclusiva el camino de las unas o las otras. Pues, del mismo modo que la ciencia no puede dar por sí sola una visión completa del hombre y de su mundo, tampoco las humanidades están en capacidad de hacerlo sin el auxilio de la ciencia.

Robert McKee, maestro de narradores y creadores de historias, ha escrito que al igual que la música y la danza, la pintura y la escultura, la música y la poesía, toda historia bien contada es el resultado de una inspirada simbiosis entre pensamiento y sentimiento cuando ambos se confabulan para darnos una experiencia emocional con significado y contenido. De igual modo, y en forma paralela, se podría decir que todo desarrollo intelectual equilibrado es una feliz amalgama de sensibilidad y buen juicio, de emoción y de razón, esas dos maravillosas aptitudes del espíritu humano con las cuales lo mismo podemos construir un 747 que desvelar nuestro genoma, sin dejar por ello de conmovernos ante el dolor del prójimo, sentir el profundo gozo de las artes o conocer mejor el difícil territorio de nuestras emociones.

Miércoles 21

El Caso Dreyfus
Presentación y análisis del caso por el Licenciado José Eduardo Valdizán, catedrático de Oratoria Forense, 9:00 am, Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Cine foro *El Club del Emperador,* Grupo Forum, 3:00 pm. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Jueves 22

El Poder Judicial, Foro con los magistrados Gilberto Chacón y Luis Fernández Molina, y con el ex magistrado José Quesada, 9:00 am. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Feria del Libro, 10:00 am, Edificio del Centro de Recursos Digitales New Media, primer piso.

Viernes 23

El ejercicio profesional: inicios y perspectivas. Plática para alumnos de 4to. y 5to. año. A cargo de los licenciados Luis Fernández Durán y Rafael Briz, ambos ex alumnos de la Universidad Francisco Marroquín, 9:00 am. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Entremeses de El Quijote. Grupos de teatro de 1er. año, 10:30 am. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Final de la Competencia Académica. 12:00 pm. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media.

Clausura de la semana jurídica y celebración del Día del Abogado. ¡Habrá *hot dogs* (shucos) para todos! 1:00 pm. Auditorio del Centro de Recursos Digitales New Media

OPINIONES
estudiantiles...

POR: DIEGO CALVO

¿Es el principio de la no reelección una limitación al derecho al voto garantizado por la Constitución?

"No creo que el principio a la no reelección sea una limitación al derecho al voto, ya que en la Constitución Política de la República se establece claramente que uno de los deberes y derechos cívicos es el de elegir y ser electo, este derecho se puede hacer valer cada vez que haya elecciones a candidatos presidenciales (cada cuatro años), y ninguna persona puede vedarnos dicho derecho. En cuanto al principio de no reelección, solamente se está estableciendo que no se puede reelegir a alguien que ya haya sido presidente, por lo que más bien no es una limitación al derecho al voto, más bien pensaría yo que si se tratase de una limitación sería al derecho a ser electo. No hay razón por la que una persona que haya hecho todo lo posible por sacar adelante a Guatemala, no pueda volver a postularse para continuar con su plan de trabajo. No se puede argumentar que se incurra en un gobierno de régimen permanente ya que ninguna persona puede estar en el cargo por más del tiempo establecido, y si lo hace será debidamente retirado por las autoridades competentes para hacerlo."

Rodrigo Barillas
(Cuarto semestre)

"El principio de la no reelección es una limitación al derecho de voto. Considerando el antecedente histórico que vivió Guatemala, en principio la no reelección representó una garantía, sin embargo actualmente la sociedad ha empezado a creer y a participar en las instituciones, lo cual ha dado algún tipo de garantía para la misma sociedad. Es necesario reformar la Constitución en lo referente al artículo que habla de la reelección.

Un período de gobierno no puede realizar todas aquellas obras que quiere hacer en solo cuatro años, pero si existiera la reelección un gobierno podría ampliar el tiempo y trabajar más para el pueblo.

Si lo que queremos es evitar los gobiernos autoritarios, limitando el derecho de voto no permitiendo la reelección, lo único que conseguimos es violar la soberanía que radica en el pueblo y que tiene la facultad de elegir a quienes quieren que se encuentren en el poder.

Un ordenamiento jurídico tiene que ser la expresión de la voluntad general y de la realidad social existente, necesitamos designar al poder a personas honestas y trabajadoras, pero si en algún momento dado ya tuvimos un presidente honesto y que trabajó por Guatemala, ¿por qué no darnos a nosotros mismos la oportunidad de tener otra vez un gobierno que representó y defendió los intereses de los guatemaltecos? ¿Quiénes son las leyes para violar de esa manera nuestra libertad?"

Monica Polanco
(Cuarto semestre)

"El principio de la no reelección no garantiza a la sociedad guatemalteca el hecho de salvaguardar los intereses de los guatemaltecos, ya que un presidente que ha ejercido el cargo de una manera formidable, y que los guatemaltecos quieren volver a tener ese gobierno no pueden, siendo esta una limitación al derecho de elección. Sin embargo, por los antecedentes históricos de nuestro país, con regímenes totalitarios considero que es bueno que exista este principio. Por lo tanto estoy de acuerdo con la Constitución en cuanto a la no reelección."

Sara Rivera
(Cuarto Semestre)

"El derecho al voto, garantizado por la Constitución, se refiere esencialmente al derecho que tienen todos los ciudadanos a elegir a sus representantes. Este derecho, en consecuencia, no busca que los ciudadanos puedan elegir a CUALQUIER persona, sino que todos los ciudadanos que estén en el libre ejercicio de sus derechos puedan ejercitar el voto. La limitación a la reelección no es más que una condición más que los candidatos a la más alta magistratura tienen que completar para poder optar al cargo. A mi punto de vista, esta limitación no es más extrema que aquella otra que exija que el presidente sea mayor de 40 años. Si bien es cierto que esta limitación no viene a imponerse por motivos de madurez del candidato, sino por razones de historia de nuestro pueblo que viene de una serie de mandatos opresivos y dictatoriales, sigue siendo una limitación, válida, legal y constitucional. Dicha limitación debe mantenerse en pie hasta que la comunidad de ciudadanos adquiera esa madurez política que la haga capaz de repeler los atentados en contra del principio de la alternabilidad en el poder, si es que un día no exista el principio de la no reelección."

Eduardo Rosenberg
(Cuarto Semestre)

"En mi opinión no es una limitación al derecho de voto, como norma suprema, la Constitución otorga a los ciudadanos de Guatemala el derecho de elegir y ser electos, este derecho a su vez está consagrado en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual demuestra la generalidad de aplicación de dicho derecho. Con este derecho se garantiza a los individuos el derecho de sufragio y de optar a cargos públicos, lo que se restringe con dicha norma constitucional es la opción de ser reelecto a un cargo público, lo cual en ningún momento limita el derecho de voto, ya que todos los ciudadanos pueden ejercer su derecho para con aquellas personas que cumplen con los requisitos para ser electos a un cargo público."

Diego Alejos
(Décimo semestre)

"En mi opinión no es una limitación al derecho de voto ya que este derecho que reconoce la Constitución de nuestro país a sus ciudadanos, no es más que ejercitar de alguna manera el derecho de libertad de expresión que tenemos todos. Este derecho lo que propone es que las personas elijan a su propio juicio a la persona que consideran como las más apta para realizar esta labor. Por lo que la no reelección no limita de ninguna manera el derecho de voto. La no reelección no es más que una limitante para la persona que ya no podrá ser electa; por lo que no limita de ninguna manera el libre ejercicio del derecho de voto."

Juan José Del Pino
(Sexto Semestre)

"Sí es una limitación, ya que al final de cuentas, nosotros los ciudadanos le delegamos el poder a quien nosotros elijamos, si consideramos que estos son aptos para manejarlo. Al dejar que se postulen los candidatos que ya estuvieron en el poder es como si no nos dejaran votar."

Emanuel Callejas
(Octavo Semestre)

EDITORIAL SERVIPRENSA

Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S. A. en el mes de enero de 2006. La edición consta de 600 ejemplares en papel cuché mate.

AÑO XV - No. 24
Diciembre 2005
Primera época
ISSN 1562-2576

UFM-BIBLIO
091995

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN · GUATEMALA

UFM
universidad
FRANCISCO MARROQUÍN